

3. 5.
129. a.



J. c. o. 179 ^a

Re. II. 45.

DAS

SCHULD MOMENT

IM

RÖMISCHEN PRIVATRECHT.

EINE FESTSCHRIFT

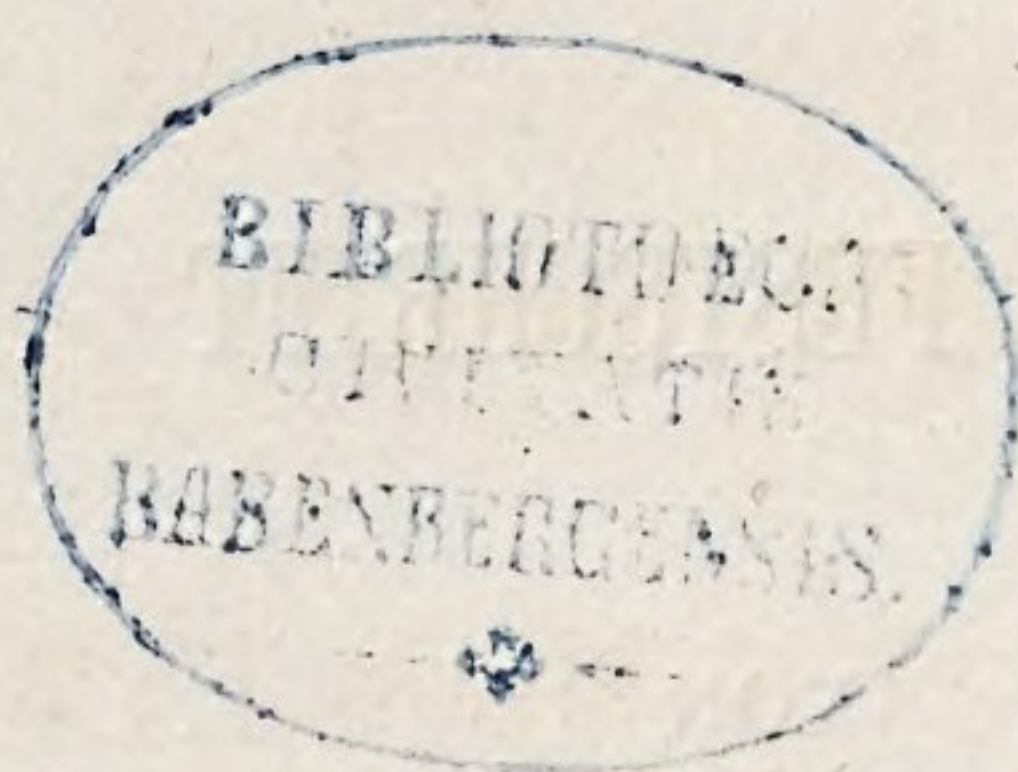
VON

DR. RUDOLPH JHERING,
GEH. JUSTIZRATH UND PROFESSOR, D. Z. DEKAN DER JURISTISCHEN FAKULTÄT
ZU GIESSEN.

GIESSEN,
BRÜHL'SCHE UNIV.-DRUCKEREI (FR. CHR. PIETSCH).

1867.

J. c.
o.
170^a



SEINEM HOCHVEREHRTEN COLLEGEN

**HERRN JOHANN MICHAEL
FRANZ BIRNBAUM**

DOCTOR DER RECHTE UND DER PHILOSOPHIE, ORDENTLICHEM PROFESSOR DER RECHTE,
GROSSHERZOGLICH HESSISCHEM GEHEIMEN RATH, KANZLER DER UNIVERSITÄT GIESSEN,
COMTHUR ERSTER CLASSE DES GROSSHERZOGLICH HESSISCHEN VERDIENST-ORDENS PHI-
LIPPS DES GROSSMÜTHIGEN, COMMANDEUR ZWEITER CLASSE DES GROSSHERZOGLICH HES-
SISCHEN LUDEWIGS-ORDENS, RITTER DES KÖNIGLICH NIEDERLÄNDISCHEN LÖWENORDENS,
MITGLIEDE VERSCHIEDENER GELEHRTER GESELLSCHAFTEN,

**ZUR FEIER SEINES FÜNFZIGJÄHRIGEN PROFESSOREN-
JUBILÄUMS**

AM XXIV. JUNI MDCCCLXVII.

IM NAMEN DER JURISTISCHEN FAKULTÄT DER
UNIVERSITÄT GIESSEN

ÜBERREICHT

VOM

VERFASSER.

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

LIBRARY

FRANK RICHARDSON

THE UNIVERSITY OF CHICAGO
LIBRARY
FRANK RICHARDSON
THE UNIVERSITY OF CHICAGO
LIBRARY
FRANK RICHARDSON

THE UNIVERSITY OF CHICAGO
LIBRARY

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

THE UNIVERSITY OF CHICAGO
LIBRARY

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

Das Amt des Dekans, das ich zur Zeit bei unserer Fakultät bekleide, bietet mir den erwünschten Anlass, den freudigen Antheil, mit dem dieselbe den Tag Ihres fünfzigjährigen Professorenjubiläums begeht, durch eine akademische Festgabe auszudrücken. Wie so manche derartige Gaben stützt auch

sie ihren Werth weniger auf ihren Inhalt als auf ihre Veranlassung; das Beste an ihr ist der Geleitbrief, mit dem ich sie Ihnen und dem Leser übergebe : das öffentliche Zeugniß aufrichtigster Hochachtung und Verehrung, in der ich mich mit meinen sämmtlichen Collegen bei der Fakultät und Universität einsehe. Müßte ich nicht fürchten einem Grundzuge Ihres Wesens zu nahe treten, wie leicht würde es mir werden, ein Bild von Ihnen zu entwerfen, das diese unsere Gesinnung ebensosehr der Welt begreiflich machen, wie unserer Universität und dieser Schrift zur Zierde gereichen würde.

Indem ich Anstand nahm, dem Criminalisten und Rechtsphilosophen irgend eine streng civilistische Untersuchung vorzulegen, welche ihm höchstens des äussern Anlasses wegen ein Interesse hätte abnöthigen können, habe ich mich bemüht, ein Thema zu finden, das schon durch seine Wahl seine specielle Bestimmung für Sie zu bekunden und seiner selbst wegen eine gewisse Anziehungskraft auf Sie auszuüben vermöchte. Möge die Ausführung desselben nicht zu weit hinter seiner Veranlassung und den Wünschen des Verfassers zurückgeblieben sein.

Verstatten Sie mir schliesslich noch, einem Wunsche, der unsere ganze Fakultät und Universität beseelt, einen öffentlichen Ausdruck zu geben : der Himmel möge Sie zum Heile unserer Anstalt uns noch lange erhalten.

Dr. Rudolph Jhering.



Es ist ein schönes Ding um die wissenschaftliche Forschung, wenn es ihr gelingt, bisher noch nicht erforschte Gebiete der Natur oder der Geschichte zu erschliessen, die Summe des Wissens um völlig neue Beobachtungen und Entdeckungen zu vermehren. Nicht jeder Wissenschaft ist dies im gleichen Masse beschieden. Während sich den Naturwissenschaften eine unbegrenzte Möglichkeit neuer Beobachtungen und Entdeckungen öffnet, und jede neue Entdeckung die Aussicht auf eine ihr folgende, statt zu verringern, nur um so mehr erhöht, ist diese Möglichkeit bei geschichtlichen Wissenschaften eine ungleich beschränktere; es gibt bei ihnen einen Punkt, wo die Forschung, wenn sie nicht neu aufgefundene Quellen zu verwerthen vermag, sich bescheiden muss, den bereits bekannten Thatsachen eine neue Seite, einen neuen Gesichtspunkt abzugewinnen, ohne die Summe derselben erheblich vermehren zu können. In dieser Lage scheint sich seit zwei Decennien die römische Rechtsgeschichte zu befinden, seitdem der Zuwachs an historischem Material, das die Auffindung von Gajus Institutionen ihr brachte, in den vorhergehenden zwei Decennien im Wesentlichen ausgebeutet und erschöpft worden ist; wenigstens haben die zwei letzten Decennien die Summe unserer rechtshistorischen Kenntnisse nicht in einer Weise erweitert, dass man eine Darstellung der römischen Rechtsgeschichte aus dem Anfang der vierziger Jahre als unvollständig oder ungenügend für den heutigen Gebrauch bezeichnen könnte. So wird denn die wissenschaftliche Forschung auf diesem Gebiete des Rechts, wenn sie sich nicht mit einer dürftigen Nachlese begnügen will, mit Nothwendigkeit auf den angegebenen Weg getrieben, den vorhandenen Stoff, den sie nicht in erheblicher Weise vermehren kann, um so mehr geistig zu durchdringen und zu ver-

werthen. Ich meine nicht, dass diese Aufgabe eine minder wichtige und nothwendige wäre, als die der extensiven Erweiterung des Materials; denn durch sie wird ja der bloss äussere Besitz erst wahrhaft unser eigen. Der vorliegende Versuch wird sich in dieser Richtung bewegen. Ohne an thatsächlichem Material wesentlich Neues zu bringen, wird er versuchen, das vorhandene in einer Weise zu verwenden, die dasselbe für uns lehrreicher machen soll, als es bisher gewesen ist. Die äussere Veranlassung, welche ihn hervorgerufen, wird diese Bogen auch in die Hände mancher wissenschaftlich gebildeter Laien bringen, und ich habe diesem Umstande, wie bei der Wahl des Thema's, so auch bei der Art der Behandlung desselben Rechnung tragen zu sollen geglaubt.

I.

Auf dem ganzen Gebiete des Rechts gibt es keinen Begriff, der an culturhistorischer Bedeutung sich nur von ferne mit dem der Strafe messen könnte, kein anderer ist so wie er das getreue Spiegelbild der zeitlichen Denk- und Empfindungsweise des Volks, der Höhenmesser seiner Gesittung, kein anderer macht so wie er alle Phasen der sittlichen Entwicklung des Volks mit durch, weich und biegsam wie das Wachs, in dem jeder Eindruck sich ausprägt. An den übrigen Begriffen des Rechts geht oft ein Zeitraum von mehreren Jahrhunderten spurlos vorüber, die Grundbegriffe des römischen Sachenrechts : das Eigenthum, der Besitz, die Servituten sind heutzutage im Wesentlichen noch dieselben, wie vor zwei Jahrtausenden, und vergebens würde man ihnen eine Antwort abzugewinnen hoffen über die Wandlungen, welche die Völker, bei denen sie galten, inzwischen bestanden haben.

Sie repräsentiren gewissermassen die festen, unedleren Theile des Rechtsorganismus, die Knochen, die sich nicht erheblich mehr ändern, wenn sie einmal ausgewachsen sind. Aber das Strafrecht ist der Knotenpunkt, wo die feinsten und zartesten Nerven und Adern zusammenlaufen, und wo jeder Eindruck, jede Empfindung sich fühlbar macht und äusserlich sichtbar wird, das Antlitz des Rechts, auf dem die ganze Individualität des Volks, sein Denken und Fühlen, sein

Gemüth und seine Leidenschaft, seine Gesittung und seine Rohheit sich kund gibt, kurz auf dem seine Seele sich widerspiegelt — das Strafrecht ist das Volk selbst, die Geschichte des Strafrechts der Völker ist ein Stück der Psychologie der Menschheit.

Es ist nicht dieses Orts, die gewaltigen Umwandlungen, welche die Auffassung und Gestaltung der Strafe im Laufe der Zeit erfahren hat, namhaft zu machen, sondern nur einen bescheidenen Beitrag dazu zu liefern. Obschon der Gegenstand desselben dem Gebiete des römischen Civilrechts angehört, so gebührt doch auch ihm ein Blatt in den Annalen zwar nicht des Strafrechts in unserm heutigen Sinn, aber der Entwicklung des Strafbegriffes in der Geschichte. Unsere heutige Trennung zwischen Strafrecht und Civilrecht, wie berechtigt sie auch ist vom Standpunkt der Systematik unseres gegenwärtigen Rechts, hat doch den Uebelstand in ihrem Gefolge gehabt, dass unsere Wissenschaft dem Begriff der Strafe innerhalb des Civilrechts nicht die entsprechende Beachtung geschenkt hat. Und man muss allerdings gestehen, unser heutiges Recht macht dies erklärlich. Denn die Bedeutung und der Umfang, in dem dieser Begriff in ihm zur Erscheinung kommt, ist ein ziemlich dürftiger. Abgesehen von der über den Begriff der Strafe im eigentlichen Sinn hinausgehenden Conventionalstrafe sind die Fälle, für welche die heutige Doctrin noch von einer Strafe Meldung thut, höchst problematischer Natur, die meisten von ihnen figuriren nur in den Lehrbüchern, ohne im Leben zur Anwendung zu gelangen; der Begriff der Strafe hat sich in der modernen Welt mehr und mehr von dem Gebiet des Civilrechts auf das des Strafrechts zurückgezogen, während er auf den niederen Culturstufen des Rechts alle Theile desselben durchdringt.

Wer überhaupt gewohnt ist nach den Gründen der Dinge zu fragen, wird einer so bedeutungsvollen Aenderung gegenüber sich nicht bei der blossen Thatsache beruhigen, vielmehr sich nach einer Erklärung derselben umsehen, und einmal angeregt dazu, wird er die Strafe mehr und mehr in die Vergangenheit zurückverfolgen. Je weiter er ihr folgt, um so mehr wird er auch in ihren früheren Entwicklungsstadien dieselbe Erscheinung sich wiederholen sehen, deren Deutung für unser heutiges Recht den Anlass und Ausgangspunkt

seiner Untersuchung bildete. Die Geschichte der Strafe ist ein fortwährendes Absterben derselben. Der Anfang des Rechts ist die Uebermacht des Strafbegriffs, das Strafelement durchdringt das ganze Recht, alle Verhältnisse desselben sind mit ihm mehr oder weniger versetzt; der Fortschritt des Rechts besteht in einer fortgesetzten Einengung des Gebiets und einer fortgesetzten Reinigung des Begriffs der Strafe. Mit diesem Resultat, das obschon zunächst nur gewonnen am römischen Recht, doch für alle Rechte Geltung beansprucht, stehen wir vor einer der interessantesten culturhistorischen Thatsachen, welche die Geschichte des Rechts für die Erziehung des Menschengeschlechts aufzuweisen vermag: es ist der Fortschritt der Menschheit von wilder, blinder Leidenschaft und Rachsucht zur Mässigung, Selbstbeherrschung, Gerechtigkeit. Und diese Erscheinung, nachgewiesen an der Entwicklung des römischen Civilrechts, soll den Gegenstand der vorliegenden Blätter bilden.

Zum richtigen Verständniss derselben bin ich genöthigt, einen Unterschied zu entwickeln, der zwar in dem römischen Recht thatsächlich aufs klarste ausgeprägt ist, aber weder auf Seiten der römischen, noch der heutigen Jurisprudenz die genügende Beachtung gefunden hat. Jeder fühlt die Verschiedenheit zwischen dem Anspruch des Eigenthümers gegen den dritten gutgläubigen Besitzer seiner Sache und demjenigen des Bestohlenen gegen den Dieb. In jenem Fall handelt es sich lediglich um die Existenz des bestrittenen Rechts, ohne dass von Seiten des Klägers sich der Vorwurf einer bewussten und verschuldeten Rechtskränkung hinzuzugesellen braucht; er kann sich hinzugesellen, und dies ist auf das Mass der Haftung von Einfluss, allein er braucht es nicht, m. a. W. das Moment der subjectiven Verschuldung ist diesem Anspruch unwesentlich, er hat zum Gegenstande lediglich die Unrechtmässigkeit eines sachlichen Zustandes in der Person des Beklagten. Die Klage gegen den Dieb dagegen beruht wesentlich auf dem Vorwurf der Rechtskränkung d. h. bewusster, wissentlicher Verletzung unseres Rechts, das Moment subjectiver Verschuldung ist ihr unerlässlich, es gibt keinen Diebstahl ohne Absicht.

In beiden Fällen handelt es sich um die Verwirklichung des Rechts des Klägers, das Urtheil, welches dasselbe anerkennt und wiederherstellt, macht also einem Unrecht in der Person des Gegners ein Ende, und es unterliegt daher in meinen Augen keinem gegründeten Bedenken, dass man in beiden Fällen von einem Unrecht sprechen kann, für welches sich in dem einen die Bezeichnung des objectiven, in dem andern des subjectiven Unrechts empfiehlt ¹⁾. Zwar ist neuerdings die Berechtigung, beide Arten des Unrechts unter einen Gattungsbegriff zusammen zu fassen, von einem meiner hiesigen Collegen bestritten worden ²⁾, allein aus einem Grunde, den ich nicht zu billigen vermag. So dankbar ihm unsere Wissenschaft dafür sein muss, dass er das Moment der Verschuldung auch für das civilrechtliche Unrecht in entschiedener Weise betont und damit die Kluft, welche die herrschende Doctrin bisher zwischen dem civilrechtlichen und criminalrechtlichen Unrecht annahm, überbrückt hat, so geht er doch darin meines Erachtens zu weit, wenn er dieses Moment zum ausschliesslichen Kriterium des Unrechts zu erheben versucht. Wie sollen wir denn den Zustand des gutgläubigen Besitzers einer fremden Sache bezeichnen? Ein rechtmässiger ist er nicht; also bleibt nichts übrig, als ihn einen unrechtmässi-

¹⁾ Einen stehenden, recipirten Ausdruck dafür hat unsere Wissenschaft bisher noch nicht, wie denn sogar die Sache selbst nicht einmal in unsern Lehrbüchern des römischen Rechts einen Platz gefunden hat. Zur Beschämung von uns Juristen muss ich allerdings gestehen, dass Hegel in seiner Philosophie des Rechts §. 82 fl. das objective Unrecht im obigen Sinn bereits als eine eigene Art des Unrechts erkannt und wissenschaftlich bestimmt hat; er nennt es mit glücklichem Ausdruck das „unbefangene“, und ich würde den Ausdruck beibehalten, wenn er sich dazu eignete antithetisch zur Bildung eines „befangnen Unrechts“ verwandt zu werden. Hegel selber stellt ihm keinen eingliedrigen, sondern einen zweigliedrigen: den des Betrug und Verbrechens gegenüber, und diese seiner dialektischen Methode zu Liebe vorgenommene Dreitheilung der Formen des Unrechts, bei welcher der Betrug aus einer Species des Delicts gewaltsam zu einem Gattungsbegriff hinaufgeschraubt wird, mag es verschuldet haben, dass mit dieser für die Juristen völlig unverständlichen und unbrauchbaren Eintheilung auch der Begriff des unbefangenen Unrechts bei ihnen keine weitere Beachtung fand. S. jedoch Unger System des österreichischen Privatrechts II. §. 109 und Neuner Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse, S. 182 fl.

²⁾ Adolf Merkel in seinen höchst verdienstlichen Criminalistischen Abhandlungen. Heft 1. Leipzig, Breitkopf und Härtel 1867. S. 46 fl.

gen zu nennen. Ich sehe gar nicht ein, wie der Jurist diese Bezeichnung sollte entbehren können, und so viel ich weiss, ist der Gebrauch des Wortes Unrecht in diesem Sinn eben so alt wie das Recht selbst ³⁾! Wenn der genannte Gelehrte meint, durch Aufgabe des Moments der Verschuldung bei der Fassung des Unrechtsbegriffs werde man consequenterweise dahin gelangen müssen, auch Wind und Wetter als Subjecte des Unrechts gelten zu lassen, so verkennt er, dass das objective Unrecht zwar das Moment der Verschuldung, nicht aber das des menschlichen Willens ausschliesst. Wenn der Hagel meine Fluren verwüstet, so liegt darin keine Verletzung meines Rechts, sondern nur des Gegenstandes desselben, eines Guts; für das Recht entbehrt diese Thatsache aller Bedeutung, es gibt dagegen keine Klage. Wenn aber ein Dritter bona fide meine Sache besitzt und ihre Herausgabe verweigert, so ist es ein menschlicher Wille, der sich mir entgegenstellt, der mir nicht bloss mein Gut vorenthält, sondern mein Recht wissentlich oder unwissentlich antastet; nicht bloss, wie der Hagel, physische, sondern rechtliche Gegenmassregeln nöthig macht, d. h. mein Recht in die Schranken ruft. Kurz, hier ist es nicht der Kampf mit einer Naturkraft, sondern es ist der Kampf zwischen Recht und Unrecht.

Es muss dem Verlauf der Darstellung vorbehalten bleiben, die detaillirtere Ausprägung des angegebenen Unterschiedes im klassischen römischen Recht zur Anschauung zu bringen, an der gegenwärtigen Stelle genügt eine allgemeine Angabe desselben. Als bestimmendes Motiv desselben haben wir im bisherigen das Moment der Schuld gefunden, das subjective Unrecht ist verschuldete, das objective unverschuldete Rechtsverletzung. An diese Verschiedenheit der Voraussetzungen beider knüpft sich naturgemäss folgender Gegensatz in ihren Wirkungen. Die natürliche Folge jeder schuldvollen Verletzung eines fremden Rechts ist die Verpflichtung zur Aufhebung der nachtheiligen Folgen der That, d. h. zum Schadensersatz, unabhängig davon, ob und wie weit der Schuldige durch die That be-

³⁾ So z. B. im ältesten römischen Process „injuria vindicare“ Gaj. IV. 16; ähnlich der Ausdruck *injustum* beim sacramentum.

reichert ist oder nicht. Die Folge der unverschuldeten Rechtsverletzung dagegen kann der Idee der Gerechtigkeit zufolge nur in der Aufhebung des objectiv unrechtmässigen sachlichen Zustandes bestehen; nur so weit also und nur so lange existirt hier ein Anspruch, als ein solcher Zustand besteht. Die *reivindicatio* gegen den gutgläubigen Besitzer ist bedingt durch den gegenwärtigen Besitz von seiner Seite; hat er den Besitz vorher verloren oder aufgegeben, so fällt sie hinweg. Ebenso erfasst sie die Sache nur in ihrer gegenwärtigen Gestalt; hat er sie vorher beschädigt oder theilweise bereits consumirt, so leistet er dafür keinen Ersatz, denn er hat nur gethan, wozu er sich als vermeintlichen Eigenthümer berechtigt halten durfte, ihn trifft keine Schuld und kein Vorwurf⁴⁾. Dieser Gesichtspunkt greift übrigens nicht bloss bei der *reivindicatio* und den übrigen *actiones in rem* Platz, sondern auch bei den *actiones in personam*, nur dass bei ihnen der bestimmende Grund der Verpflichtung nicht bloss in dem gegenwärtigen Haben, sondern in einer der Vergangenheit angehörigen abgeschlossenen, aber fortwirkenden Thatsache gelegen sein kann, z. B. der geschehenen Vermögenszuwendung, der Bereicherung, dem Versprechen, der Anordnung des Vermächtnisses von Seiten des Erblassers. In allen diesen Fällen stützt der Kläger seinen Anspruch lediglich auf sein Recht als solches, ohne dass er nöthig hätte, das Moment der Verschuldung des Gegners mit zu betonen; es ist lediglich, ganz wie bei der *reivindicatio*, die Thatsache der objectiven Rechtsverletzung, welche ihm den Anlass zur Klage bietet, d. h. der Widerstand, welcher sich der Verfolgung seines Rechts entgegenstellt⁵⁾. Auch bei ihnen kann, wie bei der *reivindicatio* gegen den *malae fidei possessor*, dieses Moment sich hinzugesellen (*mora, culpa, dolus*), und dies ist für den Umfang der Verpflichtung von Einfluss, allein dies ist nur eine spätere Modification des ursprünglichen Verhältnisses, und es ist irrig zu glauben, als ob schon die Klage als solche für den Beklagten den

⁴⁾ l. 31 §. 3 de her. pet. (5. 3) quia quasi suam rem neglexit, nulli querelae subjectus est.

⁵⁾ Richtig erkannt, wenn auch falsch angewendet, von Savigny System V. §. 239.

Vorwurf subjectiv verschuldeter Verletzung eines fremden Rechts in sich schliesse. Den Erben des ursprünglichen Schuldners, der von der Existenz des Schuldverhältnisses nichts weiss, trifft kein Vorwurf und mithin auch kein Nachtheil, d. h. er ist nicht in mora, wenn er den erhobenen Anspruch nicht eher erfüllt, bis er ihm klar gestellt ist ⁶⁾, und ganz dasselbe kann möglicherweise für den Schuldner selber gelten. Die Folge dieser objectiven Rechtsverletzung bei der Obligation ist die einfache Verurtheilung auf den ursprünglichen Gegenstand derselben, soweit die Verpflichtung nicht etwa durch ein weiter reichendes Versprechen (Conventionalpön) gesteigert oder durch casuellen Untergang des Objects gemindert worden ist.

So viel genüge vorläufig über den Gegensatz des objectiven und subjectiven Unrechts im Allgemeinen; das nähere bleibt der späteren Darstellung des klassischen römischen Rechts vorbehalten, in dem derselbe mit feinstem Verständniss und grösstem Geschick zur Geltung gebracht worden ist. Der Gedanke auf dem er beruht, ist der ewig wahre Satz: kein Uebel ohne Schuld. Das Gleichgewicht herzustellen zwischen dem Mass des Uebels und der Schuld ist die höchste Aufgabe der Gerechtigkeit.

II.

Ewig wahr habe ich jenen Satz genannt, aber auch das ewig Wahre hat von der Menschheit erst gefunden, erfahren, erkannt werden müssen. Jener Satz hat nicht von Anfang der Geschichte an gegolten, die Anfänge des Rechts zeigen uns vielmehr bei allen Völkern Rechtssätze und Einrichtungen, die mit ihm im schroffsten Widerspruch stehen. Woher dies? Ist das Auge des Naturmenschen verschlossen gegen die Wahrnehmung der Schuld und Schuldlosigkeit? Die tägliche Erfahrung kann uns darauf Antwort geben. Wie das Kind den Stein schlägt, an dem es sich gestossen, und wie selbst der

⁶⁾ l. 5 de R. Cr. (12. 1) . . si aliqua justa causa sit, propter quam intelligere deberes te dare oportere. l. 21, 22, 24 pr. de usur. (22. 1) . . si juste ad iudicium provocavit. l. 42 de R. J. (50. 17) Qui in alterius locum succedunt, justam habent causam ignorantiae, an id quod peteretur, deberetur . . . l. 99 ibid. Non potest improbus videri, qui ignorat quantum solvere debeat.

Erwachsene unter dem ersten Eindruck des Schmerzes unwillkürlich eine Regung des Unwillens und Grolles gegen die unschuldige Ursache desselben empfindet, — eine Regung, die bei Ungebildeten und Jähzornigen nur zu leicht in einer thätlichen Aeusserung desselben sich Luft macht, — so steht auch das Rechtsgefühl des Naturmenschen ganz unter der Herrschaft des Schmerzes ⁷⁾. Das Unrecht wird gewürdigt, nicht nach seiner Ursache, sondern nach seiner Wirkung, nicht nach Momenten in der Person des Thäters, sondern rein vom Standpunkt des Verletzten aus. Der Stein hat ihn getroffen, er fühlt den Schmerz, und der Schmerz treibt ihn zur Rache. Ob Absicht, Versehen oder Zufall die Hand geführt hat, was kümmert es die erregte Leidenschaft? Auch von dem Unschuldigen verlangt sie Sühne.

Und als Unrecht erscheint ihr schon der blosse Widerspruch. Der Widerspruch ist die Probe der Selbstbeherrschung, die Leidenschaft erträgt ihn nicht. Den rohen Menschen irritirt schon die blosse Meinungsverschiedenheit, und er rechtfertigt die Heftigkeit, zu der sie ihn verleitet, durch die Anschuldigung wissentlicher Unwahrheit; die Unwahrheit reden ist ihm wie dem Kinde gleichbedeutend mit lügen. Diese Beobachtung gilt für die Völker ebensogut wie für die Individuen. Ein für irgend eine Idee leidenschaftlich erregtes Volk straft selbst die blosse Meinungsverschiedenheit; Scheiterhaufen und Guillotine widerlegen die Ansichten; Irrthümer d. h. Wahrheiten, welche die Masse nicht mag oder nicht versteht, sind Verbrechen. Der Ausdruck dieser Stimmung im Rechte der Kindheitsperiode ist die Strafe für den im Process unterliegenden Theil. Was hat er verbrochen? Er hat etwas Unwahres behauptet, d. h. vielleicht etwas Wahres, was er nur nicht beweisen konnte, was der Gegner abgeschworen hat, oder was der Richter nur nicht einsehen wollte. Einerlei! er hat Unrecht gehabt — und folglich wird er bestraft. Misstrauen, Härte, Nachsichtslosigkeit sind die Grundzüge der angeblich frommen Kindheitszeit der Völker!

⁷⁾ Ich wiederhole hier zum Theil Sätze aus meinem Geist des R. R. B. 1 S. 127. (Aufl. 2.) Die gegenwärtigen Bogen bezwecken das dort gegebene Versprechen einer weiteren Ausführung des Gegenstandes wenigstens nach der geschichtlichen Seite hin zu erfüllen.

Erst wenn diese Stufe des noch im Affect befangenen Rechtsgefühls überwunden ist — und bei Individuen wie Völkern ist dies nur das Resultat der Erziehung, — gewinnt das Urtheil den richtigen Massstab für eine gerechte Würdigung des Unrechts und des Widerspruchs, und dies ist unser Massstab der Verschuldung. Die Art, wie derselbe in den verschiedenen Verhältnissen des Civil- und Criminalrechts zur Anwendung gebracht wird, ist eins der sichersten Kriterien der Culturstufe der Rechte. Denn das untrüglichsste Kennzeichen wahrer Bildung ist die Leidenschaftslosigkeit, die Selbstbeherrschung des Urtheils. Die schwerste Probe aber ist ihre Bethätigung selbst einem Gegner gegenüber, und eben diese Probe besteht das Volk da, wo es Gelegenheit hat zu zeigen, wie es das Verhältniss zum Gegner auf fast : in seinem Recht. Wie das Recht spricht, denkt das Volk.

Die soeben skizzirte Stufe der Herrschaft des Affects im Recht ist es, welche das altrömische Civilrecht uns in einem anschaulichen Bilde entgegenführt ⁸⁾. Wenn ich den Eindruck, den dasselbe auf mich in dieser Beziehung macht, in wenig Worte zusammendrängen soll, so möchte ich als Grundzug desselben die Heftigkeit der Reaction gegen erlittenes Unrecht bezeichnen. Heftig, über das Mass hinausschreitend ist diese Reaction in doppelter Beziehung :

- 1) insofern sie in der Blindheit der Leidenschaft das Schuldmoment übersieht, und
- 2) insofern sie sich nicht mit der einfachen Aufhebung der nachtheiligen Folgen des Unrechts begnügt, sondern noch eine persönliche Satisfaction für das gereizte und verletzte Gefühl : die Strafe verlangt.

Was die erste Thatsache anbetrifft, so ist sie zwar im Allgemeinen bekannt und ausser Streit ⁹⁾, doch dürfte dieser bisher vor-

⁸⁾ Die Römer selber waren sich dessen in späterer Zeit auch sehr wohl bewusst, s. z. B. die Ausprüche von Cicero und Gellius in den Noten 10 und 11.

⁹⁾ Auch Köstlin, der in der Annahme des Imputationsprinzips im altrömischen und altgermanischen Recht weiter gegangen ist als irgend ein Anderer (vgl. seine Schrift über Mord und Todtschlag S. 42 fl. S. 67 fl. und sein System des deutschen Strafrechts I S. 129—133), gibt die obige Behauptung doch in Bezug auf

wiegend in Bezug auf das Criminalrecht erörterte Punkt in Bezug auf das Civilrecht und den Civilprocess noch einer Vervollständigung fähig sein. Ich stelle im Folgenden sämmtliche mir bekannten Spuren zusammen.

Nach ältestem Recht verfiel, auch wer ohne Schuld einen Andern getödtet hatte, der Blutrache, bis ein angebliches Gesetz von Numa ihm verstattete, sich durch einen den Verwandten zu stellenden Widder, den Sündenbock des römischen Alterthums, von der Blutschuld zu lösen ¹⁰⁾. Die auf Körperverletzungen gesetzte Strafe der Talion oder der an deren Stelle gesetzte Abfindungszwang traf in gleicher Weise den Unschuldigen wie den Schuldigen ¹¹⁾, und derjenige, bei dem eine gestohlene Sache bei der Haussuchung gefunden ward, büsste mit dem Dreifachen, ohne dass es darauf ankam, ob er um den Diebstahl gewusst hatte oder nicht ¹²⁾. Ebenso der Verkäufer mit dem Doppelten, wenn dem Käufer die Sache evincirt worden

die civilrechtliche *vindicta privata* zu. Dass in das Privatstrafrecht der Grundsatz der Imputation schon „sehr frühe“ hinüber genommen sei, dafür vermisse ich den Beweis bei ihm. Ueber die Parallele, welche die germanischen Rechte zu dem Satz im Text darbieten, s. die reichen Quellen und Literaturangaben in der zweiten Schrift von ihm S. 130—132.

¹⁰⁾ Serv. ad Virg. Ecl. IV 43 (*agnatis für et natis emendirt* von Huschke, in *concione für cautione emendirt* von Scaliger) Fest. *subici* und *subigere*. Hierauf ist auch wohl zu beziehen Cic. pro Tullio §. 51 Topica c. 17, wo der Satz der 12 Tafeln mitgetheilt wird „*si telum manu fugit magis, quam jecit*“, ex quo aries ille subiicitur in vestris actionibus. Beachtenswerth ist die Bemerkung, welche Cicero in der ersten Stelle daran knüpft: *quis est, cui magis ignosci conveniat . . quam si quis imprudens occiderit? Nemo opinor; haec enim tacita lex est humanitatis, ut ab homine consilii, non fortunae poena repetatur. Tamen hujusce rei veniam majores non dederunt, nam lex est in XII tabulis: si telum caet.* Das Nähere über die Sache s. bei Ed. Platner Quaest. de jure crim. Rom. p. 37 und Rein Criminalrecht der Römer S. 403. Der Widder erscheint auch anderwärts als Vertreter des Schuldigen, s. z. B. Arnob. adv. gentes V. c. 21.

¹¹⁾ Gell. XX, 1 §. 15, 16, 34 *neque ejus . . tantam esse habendam rationem arbitrati sunt, ut an prudens imprudensve rupisset, spectandum putarent.*

¹²⁾ Gaj. III. §. 186 . . *quamvis fur non sit würde nicht entscheidend sein, wohl aber §. 187, worin demjenigen, bei dem sie gefunden, die act. furti oblati gegen den Deponenten gegeben wird; es bedarf kaum der Bemerkung, dass dabei vorzugsweise, wenn nicht ausschliesslich (l. 6 §. 3 Mand. 17. 1) an den Fall zu denken ist, dass der Depositar nicht im Einverständniss war. Gegen die unbegründeten Bedenken früherer Juristen s. Köstlin, Mord und Todtschlag S. 71.*

war, ohne Unterschied, ob er wusste, dass die verkaufte Sache eine fremde war, oder nicht ¹³⁾, und auch gegen den gutgläubigen Besitzer ging die *act. de tigno juncto* aufs Doppelte¹⁴⁾!

Auch die Unmündigen werden nach dem Recht der 12 Tafeln wegen Diebstahls mit Strafe belegt, wenn auch mit einer geringeren als die mündigen Personen ¹⁵⁾, ohne dass, wie im spätern Recht, ihre individuelle Geistesreife und Zurechnungsfähigkeit in Frage gestellt worden wäre ¹⁶⁾, und selbst Thiere und leblose Sachen haften für den Schaden, den sie angestiftet haben; letztere wenigstens soweit, dass der Verletzte sie retiniren darf, wenn sie in seine Hände gerathen sind ¹⁷⁾, erstere unabhängig von dieser Voraussetzung, er kann vom Eigenthümer ihre Auslieferung erzwingen, damit er sich an ihnen seines Schadens erhole ^{17a)}. Die Voraussetzung, dass das Thier *contra naturam sui generis* geschadet haben müsse, d. h. die Anwendung der Idee der Verschuldung auf das Verhältniss, gehört schwerlich schon der ältern Zeit an (s. u.) Das Verletzendste, was das alte Recht in dieser Beziehung darbietet, ist die bekannte Personalexecution der 12 Tafeln, ein Akt des Civilrechts, bei dem man sich auf den Boden des Criminalrechts und zwar in die Region der schwersten Verbrechen versetzt glaubt, und bei dem das Missverhältniss zwischen Schuld und Strafe den äussersten Grad erreicht; auch der durch unverschuldete Unglücksfälle in Vermögensverfall gerathene Schuldner büsst seine Zahlungsunfähigkeit dem Recht nach mit dem Ruin seiner ganzen Existenz.

¹³⁾ Paulus S. R. II 17 §. 3. Wenn die nach Cic. de off. III. 16 auf das Lügen der bei der Mancipatio gegebenen Zusagen in den XII Tafeln gesetzte Strafe des Doppelten auch den Erben traf, wie man im Geiste des alten Rechts annehmen darf, so würde auch sie hierher gehören.

¹⁴⁾ Das Nähere bei von Vangerow, Lehrbuch der Pandekten I §. 300.

¹⁵⁾ Gell. XI 18 §. 8, Plin. H. N. XVIII. 3.

¹⁶⁾ Die Ausführungen von Goldschmidt im Arch. f. civ. Praxis B. 37, S. 440 ff. überheben mich der weiteren Erörterung dieses Punktes.

¹⁷⁾ l. 9 §. 3 Damn. inf. (39. 2) l. 5 §. 4 ad exhib. (10. 4). Hepp, Die Zurechnung auf dem Gebiet des Civilrechts 1838 §. 11.

^{17a)} Also eine Art von Privatrache; wer nicht zahlen kann, ist dem Forderungsberechtigten verfallen! So Dirksen Civil. Abh: I. S. 104, s. auch Hepp a. a. O. S. 103 ff., welcher eine Menge Beispiele aus andern Rechten beibringt.

Ein ganz eigenthümliches Anwendungsgebiet hat unser Gesichtspunkt im römischen Process gefunden, und in dieser Richtung hat er sich selbst noch im neueren Recht zum Theil erhalten. Wir fassen die Erscheinungen, um die es sich hierbei handelt, unter den Gesichtspunkt des processualischen Unrechts zusammen, d. h. des Unrechts, welches einer der streitenden Theile dadurch begeht, dass er einen begründeten Anspruch bestreitet oder einen unbegründeten erhebt. Geschieht dies im redlichen Glauben, so ist das Unrecht ein bloss objectives, gesellt sich das Bewusstsein der Nichtigkeit des eignen Vorbringens hinzu, so enthält dies eine eigenthümliche Art des subjectiven Unrechts (die Calumnia). Denn der Umstand, dass das Unrecht sich hier in die legalen Formen des Processes kleidet, schliesst das Delictsmoment: die böse Absicht und die Gefährlichkeit der Handlung für den Gegner ebenso wenig aus, wie beim dolus, wo das gleiche Sachverhältniss obwaltet. Wer wissentlich die Forderung des Andern bestreitet, sucht ihn um das Seinige zu bringen, ebenso wer wissentlich einen unbegründeten Anspruch geltend macht; es ist eine Art des Diebstahls in legaler Form.

Das altrömische Recht hatte dies richtig herausgeföhlt und verfolgte daher das processualische Unrecht ganz so wie das ausserprocessualische mit Strafen. Aber im Geiste der oben geschilderten Auffassung — und dies ist das für uns Interessante — ohne zu unterscheiden, ob der unterliegende Theil bewusst oder unbewusst geföhlt hat; die Strafen des Unterliegens treffen den Schuldigen wie den Unschuldigen in gleicher Weise.

Die hier in Betracht kommenden einzelnen Bestimmungen des römischen Processes sind in dem Masse wissenschaftlich festgestellt und bekannt, dass eine blosser Aufzählung derselben vollkommen genügt.

Es sind folgende:

- 1) Der Verlust des sacramentum für die im Sacramentsprocess unterliegende Parthei.
- 2) Der Ersatz der doppelten Früchte für diejenige Parthei, welche im alten Vindicationsprocess die Vindicien erhalten, den Process aber verloren hatte (si vindiciam falsam tulerit.)

- 3) Die Strafe des Doppelten bei der legis act. per manus injectionem und allen ihr nachgebildeten Fällen (ubi lis infitiando crescit in duplum) für den läugnenden Beklagten.
- 4) Die Strafe der sponsio poenalis für den Beklagten und der ihr correspondirenden restipulatio für den Kläger, wovon die sponsio tertiae partis bei der condictio certi nur einen Anwendungsfall enthielt.
- 5) Die summa fructus licitationis bei dem interdictum uti possidetis für denjenigen Theil, welcher bei der Versteigerung des Besitzes das höchste Gebot gethan hatte und unterlegen war, eine Nachbildung der Bestimmung unter 2 für das Formularverfahren.
- 6) Völliger Verlust des Processes für den Kläger im Fall der pluspetitio.
- 7) Die ihn im Fall seiner Abweisung treffende Strafe des Zehntels oder Fünftels in Sachen, wo ein contrarium iudicium gegen ihn gegeben ward ¹⁸⁾.

Dass diese Strafen nicht an die Voraussetzung wissentlichen Unrechts (der Calumnia) geknüpft waren, wird für einige derselben ausdrücklich bemerkt ¹⁹⁾, für andere versteht es sich aus der Art, wie sie uns mitgetheilt werden, von selbst. Zweifel sind nur rücksichtlich der Strafe des Doppelten bei Nr. 3 und rücksichtlich der sponsio poenalis bei Nr. 5 möglich. Aus der lückenhaften Stelle bei Gajus IV 172 geht nämlich soviel hervor, dass die Erben des Schuldners sowie Frauenzimmer und Pupillen in Bezug auf jene Strafen milder behandelt wurden, indem sie mit dem blossen juramentum calumniae abkamen; wie weit dagegen sich jenes Privilegium erstreckte, ob nämlich

¹⁸⁾ Gaj. IV 177, 178 . . . contrario iudicio vero omnimodo damnatur actor, si causam non tenuerit, licet aliqua opinione inductus crediderit se recte agere.

¹⁹⁾ Für Nr. 7 s. die vorige Note, für die restipulatio s. Gaj. IV 180 : et quemadmodum contrario iudicio omnimodo condemnatur actor, si causam non tenuerit, nec requiritur, an scierit non recte se agere, ita et restipulationis poena omnimodo damnatur actor.

den Erben beide Strafen und den Frauenzimmern und Pupillen auch die Strafe des Doppelten erlassen ward, ist aus der Stelle nicht genau zu ersehen. Dagegen dürfte, wenn die Ergänzung des handschriftlichen *ole. in solet* richtig ist, wie es wohl keinen Anstand hat, darin ein Fingerzeig liegen, dass der in Bezug auf die beiden zuletzt genannten Personen mitgetheilte Satz nicht von Anfang an gegolten hat, sondern ein Resultat der spätern, von einem andern Geist als das ältere Recht beseelten Praxis war²⁰⁾. Dass die Erben nicht in die Strafen des Erblassers succedirten, ist gewiss ein Satz des ältesten Rechts, und so bleibt es immerhin möglich, dass auch die alte *legis actio per manus injectionem* gegen die Erben nur auf das Einfache gerichtet werden konnte, obschon, wenn die Aeusserung einer Vermuthung verstattet ist, ich meinerseits aus Gründen, die es hier zu weit führen würde zu entwickeln, dies nicht für wahrscheinlich halte. Zu den oben angegebenen Strafen gesellen sich noch einige hinzu, die für den unterliegenden Theil ausdrücklich an die Voraussetzung einer Schuld in seiner Person geknüpft waren.

1. Die Strafe der Infamie für den auf Grund einer infamirenden *Contractsklage* verurtheilten Beklagten; sie trifft lediglich den Schuldigen, nicht seinen Erben²¹⁾. Auch sie ist eine Folge des *Process*, nicht der That selber, denn wenn der Thäter den Gegner ohne *Process* befriedigt oder sich dazu bereit erklärt, so bleibt sie ihm erspart.

2. Die *sponsio dimidiaie partis* bei der *act. de pecunia constituta*. Nach der Art, wie die römischen Juristen sich über diese Klage äussern²²⁾, und mit Berücksichtigung ihres prätorischen Ursprunges, d. h. ihres relativ jungen Alters wird man annehmen dürfen, dass die Strafe nur den Wortbrüchigen selbst, nicht seinen Erben traf.

²⁰⁾ Vergleiche Gaj. I 121 . . *praedia vero absentia solent mancipari*, dazu meinen Geist des R. R. II. S. 598.

²¹⁾ l. 1. pr. de his qui not. (3. 2) . . . suo nomine . . . damnatus.

²²⁾ z. B. l. 1 pr. de pec. const. (13. 5) *grave est fidem fallere*, l. 25 pr. *ibid. fidem constitutae rei frangere*. Aehnlich Theophilus IV. 6 §. 8. Bruns, Zeitschr. f. R. G. I. S. 55, 56.

3. Die Strafe, welche bei den act. arbitrariae auf Nichtbefolgung des arbitrium gesetzt war, (das quadruplum oder das juramentum in litem) denn sie war bedingt durch dolus oder contumacia des Beklagten.

4. Das judicium calumniae, welches dem Beklagten bei allen Klagen auf ein Zehntel, bei den Interdicten auf ein Viertel gegeben ward; es setzte den Beweis des wissentlichen Unrechts in der Person des Klägers voraus ²³⁾).

Die beigebrachten Zeugnisse, welche, wenn uns eine genaue Kunde des ältesten Rechts beschieden gewesen wäre, sicherlich noch um manche hätten vermehrt werden können, reichen vollkommen aus, unsere obige Behauptung (S. 10) zu begründen. Ob wir letztere so fassen wollen, wie oben: das alte Recht ignorirt das Schuldmoment, oder: die That gilt ihm als genügender Beweis der Schuld, ist gleichgültig; kurz auch den Unschuldigen trifft die Strafe, „non consilii, sed fortunae poena repetitur“, wie Cicero in der oben benutzten Stelle sich ausdrückt; die äussere That als solche entscheidet, ohne dass ihre Beziehung zum Willen weiter in Betracht käme. Ein neuerer Schriftsteller versucht dieser rohen Anschauungsweise eine gewisse ideale oder ethische Seite abzugewinnen, indem er sie auf den Fatalismus zurückführt ²⁴⁾. „Der Mensch, sagt er, steht unter dem Schicksal, sein Schicksal ist ihm nach seinem Verdienst angewiesen von einer höheren „Macht, der er nicht zu widerstehen vermag. Das Schicksal erscheint „nach dieser Ansicht als Verdienst oder als Schuld des Menschen, je „nachdem er, wenn auch ohne seinen Willen, Ursache wird von „guten und bösen Erfolgen.“ Ohne das Mitwirken dieser auf allen niederen Culturstufen sich wiederholenden fatalistischen Vorstellungsweise läugnen zu wollen, glaube ich aber dennoch meine obige Deutung festhalten zu sollen. Was den Verletzten blind machte gegen die Berücksichtigung der gegnerischen Schuld, war weniger der religiöse Glaube, als das nackte Interesse; der Schaden, den er erlitten, ist es, der seine Forderungen dictirt, die Parteinahme

²³⁾ Gaj. IV. 175, 178.

²⁴⁾ Luden Abhandlungen aus dem gemeinen deutschen Strafrecht, B. 1. S. 74.

des Egoismus in der Person des Richters ist es, die sie ihm bewilligt.

Eine Unterstützung findet diese Auffassung in dem zweiten der oben aufgestellten Sätze : in der Präponderanz der Strafe im älteren Recht. Die bloß fatalistische Ansicht kann sich bei dem vollen Ersatz des angestifteten Schadens beruhigen, aber die Leidenschaft bleibt dabei nicht stehen, sie verlangt ein mehreres : Befriedigung der Rachsucht, die Züchtigung des Gegners, kurz die Privatstrafe²⁵⁾. Die Strafe geht durchs ganze alte Privatrecht hindurch, kaum ein Verhältniss, das nicht entweder von vornherein, oder wenn es zur Klage kommt, einen Zusatz von Strafe hat, so dass es sich mehr der Frage verlohnt zu untersuchen, wo sie fehlte, als wo sie eintrat. Alles Unrecht, richte es sich gegen die Sache oder die Person, muss und kann mit Geld abgekauft werden, die zerschlagenen Glieder, das geschundene Gesicht, Injurien aller Art; selbst die Liederlichkeit und der Ehebruch der Frau finden ihr Aequivalent in einem Abzug an der Dos. Nur wer nicht zahlen kann, büsst mit seiner Person. Bloß der *fur manifestus* machte ursprünglich eine Ausnahme, denn während der *fur nec manifestus* sich mit dem Doppelten loskaufen konnte, fiel jener mit Hab und Gut dem Bestohlenen als Sklave zu, bis der Prätor auch ihm verstattete sich mit dem Vierfachen zu lösen. Ueberrascht fragen wir uns, wie denn der bloße Zufall, ob der Dieb auf der That ertappt oder erst hinterher entdeckt ward, bei völlig gleicher Verschuldung eine so grosse Verschiedenheit der Haftung begründen konnte. Ich habe die Antwort darauf schon bei einer andern Gelegenheit ertheilt²⁶⁾; es ist das Wesen der Leidenschaft, dem wir sie zu entnehmen haben. Der *fur manifestus* begegnet dem wilden Ungestüm des ersten Affects, während dem *fur nec manifestus* nicht bloß die beruhigende Macht der Zeit, sondern auch die Freude des Eigenthümers, eine bereits mehr oder weniger verloren gegebene Sache wiedergefunden zu haben, zu gute kommt und ihm mildere Bedingungen erwirkt.

²⁵⁾ Mit Rücksicht auf frühere Ausführungen in meinem Geist des R. R. §. 11 (und 11a der zweiten Aufl.) kann ich mich beim Folgenden kürzer fassen.

²⁶⁾ In dem citirten Werk B. 1. S. 128 der zweiten Aufl.

Aber auch die Leidenschaft hat ihr Calcül, und es ist nicht schwer, den Tarif der Strafen, wenigstens beim Eigenthum, wo er ja allein einen festen Anhaltspunkt am Werth der Sache hatte, zu verstehen. Die reguläre Strafe, die jeden trifft, der mich in irgend einer Weise um das Meinige zu bringen gesucht hat, ohne dass ich ihn sofort auf der That ertappe, ist das Doppelte. Dieser Strafe verfällt daher nicht bloss der Dieb im eigentlichen Sinn, sondern auch der Depositar ²⁷⁾, der das Depositum, der Schuldner, der die Nexusschuld, der Erbe, der das Damnationslegat, der Verkäufer, der die Zusagen bei der Mancipation, der Thäter, der die Beschädigung meiner Sache geläugnet hat; der Vormund, der den Mündel betrogen (*actio rationibus distrahendis*), der Verkäufer, der mir eine fremde Sache verkauft hat, die mir evincirt worden ist, der Besitzer meiner Sache, der während des Vindicationsprocesses die Früchte gezogen, oder der die Sache, um dem Process auszuweichen, den Göttern geweiht ²⁸⁾ oder sie in sein Haus verbaut hat. Warum das Doppelte in allen diesen Fällen? Des Gesetzes der Gleichheit wegen. Gelingt der Versuch, auf den der Beklagte es abgesehen hatte, so hat er meine Sache gewonnen; misslingt er, so muss er um ebensoviel verlieren, als er sonst gewonnen hätte. Es ist so zu sagen die Idee eines Spiels, bei dem die Einsätze gleich sein müssen, eine Idee, welche auch bei dem sacramentum des alten und der sponsio poenalis des neuern Processes wiederkehrt. Wer im günstigen Fall fremdes Gut lucrirt, im ungünstigen aber dasselbe bloß herausgibt, ohne selber etwas zu verlieren, hat gut spielen!

Bei dem Diebe steigert sich die Strafe, wenn die Sache bei ihm nach vorgängiger Haussuchung gefunden wird, auf das Dreifache, und wenn er gar die Haussuchung zu hindern sucht, aufs Vierfache. Abermals ein ganz richtiger Calcül. Träfe den Dieb im ersten Fall bloß die Strafe des Doppelten, warum sollte er nicht lieber die Haussuchung über sich ergehen lassen, anstatt die Sache gutwillig herauszugeben,

²⁷⁾ Collat. X, 7. §. 11.

²⁸⁾ l. 3 de litig. (44. 3.)

da ihm ja die Hoffnung bleibt, dass der Gegner die Sache gar nicht findet? Eben darum gehört es sich, dass er diese Hoffnung mit einem höheren Einsatz seinerseits bezahlen muss. Und wenn die Verweigerung der Erlaubniss zur Haussuchung ihm keinen grösseren Nachtheil brächte, als die Auffindung der Sache, warum sollte er, wenn er von der Gewissheit der letzteren überzeugt ist, sich das Demüthigende dieser Thatsache nicht ersparen, da es ihm keine Kosten macht? Eben darum wird ihm dafür noch ein viertes Simplum angerechnet.

Das im bisherigen vom älteren römischen Recht entworfene Bild ist nicht gerade geeignet, einen wohlthuenden Eindruck zu hinterlassen. Und doch kommt es auch bei ihm nur auf die richtige Beleuchtung an, um uns mit dem, was es uns vorführt, dem Walten der Leidenschaft im Recht, zu versöhnen. Es ist leicht, den Stab zu brechen über diese Erscheinung — — wenn man auf der Höhe unserer heutigen Rechtsentwicklung steht. Denn für sie hat allerdings die Leidenschaft im Recht ihr Recht verloren; die objective Macht des Gesetzes ersetzt den Affect des Subjects. Aber auf den Anfangsstufen des Rechts ist das Verhältniss ein anderes — die Festigkeit der Rechtsordnung d. h. die Sicherheit der Realisirung des Rechts beruht hier wesentlich auf der energischen Mitwirkung der Individuen, diese Energie aber wiederum auf der Heftigkeit der Reaction des subjectiven Rechtsgefühls gegen erlittenes Unrecht; der Mensch muss die Rechtsätze erst fühlen, damit er sie sich einpräge. Der Bestohlene, der den Dieb auf frischer That todtschlägt, leistet der Gemeinschaft einen Dienst, den die mangelnde Ausbildung staatlicher Sicherheitsanstalten ihr versagt, und je stärker und fester jeder den Zügel anzieht, den das Gesetz ihm innerhalb der Sphäre seines eigenen Rechts in die Hand gegeben hat, um so strammer spannt sich damit das Netz, welches das Gesetz um die Gesammtheit schlingt. Wächter und Rächer des Gesetzes innerhalb seiner beschränkten Sphäre, gespornt durch die Privatstrafe, die ihm als Prämie für seine Dienstleistung in Aussicht gestellt ist, erfüllt er die Aufgabe, welche ihm an der Verwirklichung der Rechtsidee zugewiesen, um so vollkommener, je misstrauischer er über jede Verletzung seines Rechtes wacht, je unerbittlicher und unversöhnlicher er sie zurückweist und rächt. Ob es sein nacktes, dürftiges Interesse ist, das ihn

treibt, was verschlägt es? Im Haushalt der Geschichte finden auch die niederen Motive eine Verwendung zum Guten, bis sie durch höhere und edlere ersetzt werden.

III.

Wir versetzen uns jetzt in die Blüthezeit des römischen Rechts. Es ist ein verbreiteter Irrthum, den auch ich längere Zeit getheilt habe, als ob die eigentliche Grösse und der wahre Werth des römischen Rechts in der juristischen Technik oder Methode zu suchen sei, jener rein formalen Fertigkeit des Operirens mit juristischen Begriffen, die gegen den Inhalt derselben sich indifferent verhält. Hätte ich mich nicht schon früher von diesem Irrthum losgesagt²⁹⁾, die gegenwärtige Untersuchung würde mir die Augen haben öffnen müssen, denn das Problem, dessen Lösung Seitens der römischen Juristen sie zu ihrem Gegenstand hat, ist rein ethischer Art, die Lösung selber aber ist eins der unvergänglichsten Verdienste, welche wir der römischen Jurisprudenz nachrühmen müssen. Es ist der Gedanke der Schuld in seiner Durchführung durch das ganze Civilrecht. Während unter den Criminalisten längst kein Zweifel mehr darüber herrscht, dass die Art, wie das spätere römische Strafrecht das Moment der Verschuldung gegenüber dem äussern Moment der That zur Geltung gebracht hat³⁰⁾, demselben in der Universalgeschichte des Strafrechts einen hervorragenden Platz sichert, haben die Civilisten, bei denen der Formalismus der juristischen Methode so leicht den Blick für die ethische Seite des Rechts abschwächt, die nicht minder grossartige Entfaltung des Schuldbegriffs auf dem Gebiet des Civilrechts kaum einer Beachtung gewürdigt. Zwar die einzelnen Rechtsätze, in denen sie sich abspiegelt, haben sie sämmtlich aufs genaueste registrirt, und eben

²⁹⁾ In der zweiten Auflage des ersten Bandes meines Geistes des R. R. S. 18 fl.

³⁰⁾ Insbesondere auch in Bezug auf den Versuch des Verbrechens; kennen die Römer doch nicht einmal einen Ausdruck dafür. Die Aussprüche von Paul. V. 23 §. 9 : *consilium uniuscujusque non factum puniendum est* und l. 14 ad leg. Corn. de sic. (48. 8) in *maleficiis voluntas spectatur non exitus* bezeichnen den Geist des späteren Criminalrechts. Eine weitere Ausführung ist hier nicht am Ort, ich verweise statt aller auf Luden Abh. I. S. 72 fl. s. jedoch auch Hepp a. a. O. S. 109 und über die Zurechnung Köstlin System des deutschen Strafrechts I. S. 129.

dieser Umstand ermöglicht es mir, mich im Folgenden der Detailuntersuchungen zu überheben. Aber was sie nicht gethan haben, ist: den Gedanken der Schuld, wie es für das Criminalrecht längst geschehen, auch für das Civilrecht als allbeherrschendes ethisches Princip aufzustellen und nachzuweisen. Wenn ich es unternehme, dies Versäumniss im Folgenden nachzuholen, so wird Niemand erwarten, einen Gegenstand, der bei detaillirter Ausführung ein ganzes Buch füllen würde, in dem engen Rahmen einer Gelegenheitsschrift erschöpfend behandelt zu sehen; es muss und es kann genügen, wenn nur die Umrisse und Hauptzüge des Bildes treu wiedergegeben werden.

Wir verfolgen den obigen Gedanken nach zwei Richtungen: seiner äusseren, extensiven Durchführung durch das gesammte Privatrecht und seiner begrifflichen, intensiven Gestaltung.

Herrschaftsgebiet und Verwirklichungsform des Gedankens der Schuld im neueren Recht.

Die Idee der Schuld und der dadurch bestimmte Gegensatz des objectiven und subjectiven Unrechts geht durch das ganze Rechtssystem hindurch: es gibt kein Rechtsverhältniss, bei dem jene Idee nicht die gebührende Beachtung fände, d. h. bei dem nicht das Dasein oder Nichtdasein der Schuld eine Verschiedenheit der Haftung nach sich zöge, der Schuldbegriff ist der allgemeine Haftungsmassstab des entwickelten römischen Privatrechts.

Aber die Art, wie der Schuldbegriff in den verschiedenen Verhältnissen zur Geltung gelangt, ist eine verschiedene. Bei den Delicten macht die unerlaubte Handlung den ursprünglichen und einzigen Grund des Anspruchs aus, bei allen andern Verhältnissen hingegen bildet den ursprünglichen Grund des Anspruchs eine von jeder Verschuldung unabhängige Thatsache: das Eigenthum, der Contract u. s. w., und ob schon auch bei ihnen die Schuld als secundäres Moment sich hinzugesellen und die Haftung zu steigern vermag, so können doch die daraus entstehenden Ansprüche andererseits auch ohne alle Zuthat des Schuld moments zur Verwirklichung gelangen; es ist irrig zu glauben, als ob die Nichterfüllung der Obligation nothwendigerweise ein subjectives

Unrecht in sich schliesse, es gilt dies für sie ebensowenig wie für die *reivindicatio* (S. 7). Kurz bei jenen Verhältnissen ist das Schuldmoment wesentlich, bei diesen ist es zufällig. Mit etwas freier Benutzung der römischen Terminologie bezeichnen wir die Ansprüche der ersteren Art als primär pönale, die der letzteren als primär reipersecutorische.

Die vollständige Durchführung des Schuldbegriffs als Massstabes der Haftung in allen Verhältnissen der zweiten Classe ist die grosse That der classischen Jurisprudenz. Die Rechtsbegriffe, in denen sich dieser Gedanke der accessorischen Schuld darstellt, sind die *mala fides*, der *dolus*, die *culpa* und *mora*. In wie weit die ersten Keime dieser Begriffe schon dem älteren Recht zuzuweisen sein mögen, lässt sich nicht bestimmen, so viel ist aber ausser allem Zweifel, dass es nur höchst dürftige Ansätze gewesen sein können. Man braucht nur einen Blick in die Quellen zu werfen, um sich zu überzeugen, dass jene Begriffe selbst im Zeitalter der klassischen Jurisprudenz noch im Fluss begriffen waren; herrschten doch sogar über Hauptfragen noch Meinungsverschiedenheiten³¹⁾. Eben darauf weist auch das sprachliche Argument hin; die beiden Hauptausdrücke: *culpa* und *dolus* in dem Sinn, in dem die spätere Jurisprudenz sie gebraucht, sind relativ jungen Datums³²⁾. Zu dem Geist des älteren Rechts, wie er sich uns oben in einer Menge von Spuren documentirt hat, passt die Idee einer Abwägung der individuellen Schuld in keiner Weise, wie es denn überhaupt einer der Grundzüge der älteren Rechtsanschauung ist, dass sie sich noch nicht zu der individualisi-

³¹⁾ Ich nenne z. B. die Controverse zwischen Proculus und Cassius in l. 40 pr. de her. pet. (5. 3), und die zwischen Labeo und Octavenus in l. 18 pr. ibid.

³²⁾ Den Gegensatz des wissentlichen und unwissentlichen Unrechts bezeichnet die ältere Rechtssprache mit *prudens* und *imprudens*, die neuere mit *sciens dolo malo* und *culpa*. Dass die technische Bedeutung von *dolus* jüngeren Datums ist, ist bekannt; der ältere Sprachgebrauch, der sich noch in der Sprache der Gesetze lange erhielt, setzte dafür *dolus malus* oder *fraus*. Eben so unzweifelhaft ist dies für *culpa*, noch die *lex Aquilia* ersetzte ihn durch den unbestimmten Ausdruck *injuria*, und nach Festus sub *noxia*, der weder *dolus* noch *culpa* in seine Sammlung aufgenommen hat: *ponebatur noxia apud poetas et oratores pro culpa*. Die Sprache aber ist der sicherste Wegweiser für das Alter der Begriffe.

renden Behandlungsweise erhoben hat, vielmehr überall den Grundsatz der abstracten äusseren Gleichheit zur Anwendung bringt³³⁾. Wie sehr ihr die Anwendung der oben genannten Begriffe widerstrebte, davon gibt das spätere Recht an den von ihm im Wesentlichen unverändert beibehaltenen Verhältnissen des *jus strictum* noch mannigfache Kunde. Sicherlich fand zwar der Begriff der *mora d. h.* der durch Interpellation des Gläubigers constatirten widerrechtlichen (gewissermassen furtiven) Vorenthaltung der Sache wenigstens insofern bei ihnen von altersher Anwendung, als er den *casus* auf den Schuldner übertrug; andererseits aber ist auch gewiss, dass die Hauptwirkung der *mora*, die Verpflichtung zur Leistung des Interesses bei den ältesten Obligationsformen des römischen Rechts, den auf ein *certum* gerichteten Forderungen nicht Platz griff³⁴⁾. Ebenso wenig schlossen sie eine Haftung für *culpa in non faciendo* in sich³⁵⁾, ja nicht einmal wegen *dolus*; es bedurfte, wenn der *Stipulation* nicht die *clausula doli* hinzugefügt war, der *actio doli*³⁶⁾, einer Klage, die bekanntlich erst aus der Zeit von Cicero datirt.

Diese höchst unvollkommenen Reste einer vergangenen Cultur-epoche des Rechts setzen die Grossartigkeit der Schöpfung, welche die spätere Jurisprudenz theils neben ihnen theils auf ihren Trümmern aufgeführt hat, nur in ein um so helleres Licht. Welcher Umschwung der Ideen, welche totale Umgestaltung des gesamten Rechts, welche gewaltige in eine verhältnissmässig kurze Zeit zusammengedrückte Geistesarbeit, um sie ins Werk zu setzen! In der That ich zweifle, ob die Geschichte des Rechts zu irgend einer Zeit ein zweites Beispiel aufweist, das man dieser Erscheinung an die Seite zu setzen

³³⁾ Mein Werk II. §. 29 (Aufl. 2 S. 101 ff.)

³⁴⁾ l. 38 §. 7 de usur. (22. 1) Gaj. II. 280. Dass bei der *condictio furtiva* die Früchte prästirt werden, l. 8 §. 2 de cond. furt (13. 1), steht nicht entgegen, auch unabhängig von jeder *mora* mussten sie es, da der Dieb an ihnen ein neues *furtum* begeht, s. mein angeführtes Werk III. S. 31, S. 179, 180 und l. 3 Cod. de cond. ex lege (4. 9) l. 15 de usur. (22. 1) l. 18 de exc. (44. 1) l. 4 §. 1 de R. Cr. (12. 1) l. 1 Cod. Theod. de usur. rei jud. (4. 19).

³⁵⁾ l. 91 pr. de V. O. (45. 1). . . . cum dari promisit, an culpa, quod ad stipulationem attinet, in faciendo accipienda sit non in non faciendo? quod magis probandum est, quia qui dari promisit, ad dandum non faciendum tenetur.

³⁶⁾ l. 7 §. 3 de dolo (4. 3) . . in ex emto quidem actione cessat de dolo actio, quoniam est ex emto, in ex stipulatu de dolo actio necessaria est. l. 19 ibid.

vermöchte. Diesen Process des allmählichen Werdens, Wachsens, Wirkens jener Ideen im Einzelnen zu verfolgen, müsste eine der anziehendsten und dankbarsten Aufgaben für den Historiker sein, aber dem Reiz der Aufgabe entsprechen leider nicht die Mittel zu ihrer Lösung, denn gerade aus der interessantesten Zeit, in welche die ersten Ansätze zu diesen Bildungen fallen, aus den letzten Jahrhunderten der Republik, fehlen uns die nöthigen Ueberlieferungen der juristischen Literatur. Gleichwohl stehen uns doch noch gewisse Anhaltspunkte zu Gebote, um den Gang, den die Entwicklung bei manchen dieser Verhältnisse genommen hat, mit annähernder Gewissheit zu bestimmen.

Machen wir uns zunächst mit dem Schlussresultat dieser Entwicklung vertraut. Es lässt sich in wenig Worte zusammenfassen. Von einigen wenigen Rechtsverhältnissen abgesehen, welche ihre frühere Structur beibehalten haben d. h. bei denen das Schuldmoment, soweit es überhaupt Berücksichtigung findet, die Form eines besonderen Anspruchs annimmt³⁷⁾, haben alle übrigen dasselbe vollständig in sich aufgenommen. Das will sagen: jede Art des Unrechts, möge es in Absicht oder Nachlässigkeit seinen Grund haben, möge es schon abgesehen von dem Verhältniss eine Klage erzeugen oder nicht, findet in der Klage aus dem Verhältniss seine Berücksichtigung und entsprechende Vergeltung. Die reipersecutorischen Klagen üben mithin zugleich die Function von secundär-pönalen aus, das ganze Delictsrecht repetirt innerhalb des einzelnen Eigenthums- oder Contracts-Verhältnisses, die *condictio furtiva*, die *actio legis Aquiliae*, die *act. de dolo* gehen auf in der betreffenden *actio in rem* oder *in personam*³⁸⁾, nur

³⁷⁾ Nämlich der *condictio certi*, s. Note 35, 36, der *act. confessoria* und *negatoria* s. u. und etwa noch der *act. aquae pluviae arcendae*, worüber zu vergleichen l. 14 §. 2, 3 de aq. pluv. (39. 3) und mein Werk III. S. 28.

³⁸⁾ Beispiele bieten die Quellen bekanntlich in Menge; es wird genügen, folgende anzuführen. Für das *furtum* bei Contractsverhältnissen: l. 29 pr. Depos. (16. 3) l. 45 pro soc. (17. 2) *idemque in omnibus bonae fidei judiciis dicendum est*. Für das *damnum injuria datum* bei Contractsverhältnissen: l. 7 §. 1 Commod. 113. 6) l. 47 §. 1, l. 48 pro soc. (17. 2), bei der *reivindicatio* und *hereditatis petitio*: (. 13 de R. V. (6. 1) l. 36 §. 2 de her. pet. (5. 3). Für den *dolus* in Contractsverhältnissen s. Note 36, l. 11 §. 15 de act. emt. (19. 1) und unzählige andere Stellen; für die *in rem actiones*, die Klagen gegen den Besitzer als solchen und

freilich mit der dem Geiste der Neuzeit ³⁹⁾ entsprechenden Modification, dass die poena zum blossen Schadenersatz ermässigt ist, und dass die Haftung auch auf die Erben übergeht ⁴⁰⁾. Zu diesen absorbirten Delictsklagen gesellt sich sodann noch das individuelle Schuldmoment des betreffenden Verhältnisses hinzu d. h. die Verletzung derjenigen Pflichten, die gerade ihm eigenthümlich sind. Welchen Einfluss die Art und der Grad dieser Verschuldung auf die Haftung des Beklagten ausübt, steht hier, wo es sich lediglich um die extensive Erstreckung des Schuldbegriffs handelt, noch nicht zur Frage; wir beschränken uns darauf, einfach die Universalität des Schuldbegriffs zu constatiren. Dieselbe beruht auf den oben angegebenen vier Begriffen, welche sich, von wenigen Ausnahmen abgesehen (s. u.), bei allen Klagen wiederholen, und zwar gehört der Begriff der mala fides ausschliesslich den dinglichen Klagen, die mora ausschliesslich den persönlichen Klagen an, dolus und culpa sind beiden gemeinschaftlich.

Es wäre müssig, diese allbekannte Thatsache durch Zeugnisse belegen zu wollen, man dürfte das ganze corpus juris dafür citiren. Förderlicher wird es sein den Gegensatz der durch den Schuldbegriff bestimmten Verschiedenheit in der Structur der Klagen des älteren und neueren Rechts an einem concreten Beispiel zur Anschauung zu bringen. Ich wähle dazu die reivindicatio und die act. negatoria und confessoria. Während die erstere Klage, welche überhaupt eine innere Durchbildung erfahren hat, wie kaum eine zweite ⁴¹⁾, das Schuld-

alle Ansprüche auf Grund der Bereicherung verweise ich auf den bekannten Grundsatz: dolus pro possessione est s. z. B. l. 131 de R. J. (50. 17) l. 27 §. 3 de R. V. (6. 1) l. 12 l. 21 §. 2 l. 24 de nox. act. (9. 4) l. 67 pr. i. f. de J. D. (23. 3) l. 18 §. 1, l. 64 §. 7 sol. mat. (24. 3) l. 2 pr. quor. bon (43. 2) l. 3 §. 20 de bon. lib. (38. 2) l. 5 Rer. am. (25. 2) l. 2 §. 32 Ne quid in loco (43. 8) l. 15 §. 10 Quod vi (43. 24) l. 2 pr. de prec. (43. 26) l. 1 §. 23 de coll. (37. 6). l. 1 §. 13 Ne quid in flum. (43. 13), wo bereits Labeo den Grundsatz anwendet, ebenso wie in l. 18 pr. de her. pet. (5. 3).

³⁹⁾ Darüber s. unten Nr. VII.

⁴⁰⁾ l. 7 §. 1 Dep. (16. 3) . . . quamquam enim alias ex dolo defuncti non solemus teneri nisi pro ea parte, quae ad nos pervenit, tamen hic dolus ex contractu rei que persecutione descendit ideoque in solidum heres tenetur.

⁴¹⁾ Mein Werk III. S. 178—185.

moment in ausgedehntester Weise in sich aufgenommen hat, so dass sie den Besitzer wegen aller Handlungen und Unterlassungen, die ihm zur Last fallen, vom ersten Moment seines Besitzes an bis zum letzten zur Rechenschaft zieht⁴²⁾, haben jene beiden Klagen ihren ursprünglichen Charakter treu bewahrt und beschränken sich streng auf den Gesichtspunkt des objectiven Unrechts d. h. die Beseitigung des dem Recht des Klägers widersprechenden Zustandes, ohne dem Kläger zugleich den Ersatz des dadurch etwa erlittenen Schadens zu gewähren^{42a)}. Für sie ist also der Gegensatz zwischen Schuld und Schuldlosigkeit des Beklagten, der für die reivind. eine so grosse Verschiedenheit des Endresultats begründet, ein völlig einflussloser; der Schuldige haftet nicht auf mehr als der Unschuldige. Um ihn seiner Schuld wegen zur Verantwortung zu ziehen und zum Schadensersatz zu zwingen, dafür bedarf es hier besonderer Rechtsmittel, insbesondere des *interdictum quod vi aut clam* oder der *cautio damni infecti*⁴³⁾. Bei jenem Rechtsmittel ist der Gesichtspunkt der Schuld ganz scharf ausgeprägt. Es ist bedingt durch subjectives Unrecht (*opus vi aut clam factum*)^{43a)} und

⁴²⁾ So z. B. wegen Beschädigung der Sache (*act. leg. Aquiliae*) l. 13 de R. V. (6. 1); *Consumtion*, l. 1 §. 32 Dep. (16. 3); Veräusserung l. 27 §. 3 de R. V; Haftung für die Früchte l. 27 §. 2 *ibid.* . . *ex quo coepit possidere*, welche beim m. f. poss. unter den Gesichtspunkt des Diebstahls fällt, mein Werk III. S. 180 Note 235.

^{42a)} Gegen die gangbare Behauptung des Gegentheils (s. z. B. Puchta *Pandekten* §. 172, 191, Arndts *Pandekten* §. 169, 191. Windscheid *Pandekten* §. 198, 217) habe ich mich schon früher (a. a. O. III. S. 31) erklärt. Die Stellen, auf welche man sich beruft, sprechen entweder gar nicht von Schadensersatz, oder, wo sie es thun, nennen sie gar nicht die Klage, wie z. B. l. 5 *Cod. de serv.* (3. 34), welche auf das *interd. quod vi aut clam* bezogen werden muss („*injuriose extruxit*“ vgl. l. 1 §. 2 *quod vi* 43. 24: *injuriam comminisci*) oder sprechen von dem Interesse der verhinderten Ausübung während des *Processes*, wie z. B. l. 4 §. 2 *si serv.* (8. 5) *fructuum nomine* . . *si quid intersit servitute non prohiberi, nicht: prohibitum esse*. Man vergleiche dagegen den Fall der l. 17 §. 2 *ibid.*, wo der Jurist die *act. negatoria* lediglich auf Beseitigung der rechtswidrigen Anlage gibt, wegen des Schadensersatzes dagegen den Kläger auf die *cautio damni infecti* verweist: *si damni infecti stipulatus esset, possit per eam stipulationem, si quid ex ea re sibi damni datum esset, servare* — zum deutlichen Beweis, dass jene Klage darauf nicht gerichtet werden konnte.

⁴³⁾ Nach Umständen auch der *act. doli*, s. z. B. l. 9 *pr. si serv.* (8. 5) und anderer Klagen.

^{43a)} l. 1 §. 2 *Quod vi* (43. 24) *injuriam comminisci* l. 3 *pr. ibid. facto tuo delinquentis*.

geht gegen den Thäter auf vollen Schadensersatz ^{43b)}, gegen den unschuldigen Nachfolger aber nur auf blosse Duldung der Wegnahme des widerrechtlichen Werks ⁴⁴⁾. Bei der *cautio damni infecti* liegt das Moment der Schuld etwas versteckter ^{44a)}. Dem Grundsatz getreu, dass ohne persönliche Verantwortlichkeit keine Verpflichtung zum Schadensersatz existirt (s. unten), erklärt das römische Recht den Grundbesitzer für den durch das Einstürzen oder Hinüberfallen seines Gebäudes oder einzelner Theile desselben verursachten Schaden nicht für verantwortlich. Denn, um ihn dafür verantwortlich zu machen, müsste ihm von Seiten des Gegners der Vorwurf entgegengesetzt werden können, dass er denselben hätte voraussehen sollen, diesen Vorwurf aber, wenn er erhoben wird, kann er seinem Gegner in verstärktem Masse zurückgeben ^{44b)}, denn der Bedrohte ist doch vor allem dabei interessirt der Gefahr vorzubeugen. Eben dazu nun, das Moment der Verschuldung im voraus festzustellen, dient die *cautio damni infecti*. Sie enthält gleich der *interpellatio* bei der *mora* die rechtzeitige Erinnerung des Lässigen an seine Pflicht, — die Aufforderung, entweder die nöthigen Massregeln zu treffen, oder wenn er sich dazu nicht verstehen will, dem Gegner für allen Schaden aufzukommen; gleich der *interpellatio* bei der *mora* wälzt sie den *casus* auf den Säumigen, nur dass dies hier, wo ein Obligationsverhältniss noch nicht existirt, in Form eines besondern Versprechens geschieht.

Unser Resultat ist demnach, dass das Schuldmoment und der damit verbundene Schadensersatzanspruch bei der *act. conf.* und *negat.* in Form einer eigenen *Delictsklage* selbständig neben der *reipersecutorischen* herläuft, ganz so wie oben (S. 23) bei der *stipulatio dandi*, während er sich bei der *reivindicatio* und den übrigen *in rem actiones* mit ihnen zur Einheit verbunden hat.

Der Uebergang vom objectiven zum subjectiven Unrecht, den wir so eben an der *reivindicatio* veranschaulicht haben, mag sich noch

^{43b)} l. 11 pr. §. 4, l. 15 §. 7, 8, 9, l. 16 §. 1, l. 21 §. 3 *ibid.*

⁴⁴⁾ l. 7 pr. §. 1, l. 15 §. 6, l. 13 §. 7, l. 14 l. 15 §. 3, l. 16 §. 2 *ibid.*

^{44a)} Ich habe das Folgende schon an anderer Stelle angedeutet, Jahrbücher IV. S. 98.

^{44b)} l. 18 §. 8 *Dam. inf.* (39. 2) *Venditorem stipulari . . . oportet, quia hujus quoque rei culpam praestat.*

bei manchen anderen Klagen wiederholt haben. Aber schwerlich hat er die Regel gebildet, vielmehr glaube ich, dass bei den meisten Verhältnissen die entgegengesetzte Entwicklung Statt gefunden, dass dieselben nämlich ursprünglich unter dem Gesichtspunkt eines Delicts erfasst worden sind⁴⁵⁾ und sich erst nach und nach zu reipersecutorischen Ansprüchen erhoben haben. Ein Delict nicht in dem allgemeinen Sinn, wie es z. B. der Diebstahl ist, sondern ein, wenn ich mich so ausdrücken darf, localisirtes Delict, das an ein ganz bestimmtes Verhältniss geknüpft ist⁴⁶⁾. Ein Blick auf das römische Recht liefert uns derartige Specialdelicte in Menge, man denke z. B. an die Klagen gegen den mensor, gegen die nautae et caupones in duplum⁴⁷⁾, gegen die Wittwe, welche sich die B. P. ventris nomine erschlichen hat⁴⁸⁾; gegen den immissus in possessionem wegen doloser Verwaltung⁴⁹⁾ u. a. Solche Specialdelictklagen waren nun der erste unvollständige Keim mancher spätern Contractsklagen. Für unsere heutige Anschauung haben zwar die Begriffe Contract und Delict etwas Ausschliessendes, so dass es als Widerspruch erscheinen mag in einem Contractsverhältniss von einer Delictsklage zu sprechen, aber diese Auffassung ist eben eine moderne, nicht die altrömische und hat nur in dem Umstand ihren Grund, dass die meisten jener speciellen Delictsklagen späterhin vollständig in die Contractsklage aufgegangen sind. Nur bei einem Verhältniss, der Klage gegen den mensor, hat sich die ursprüngliche Gestalt der Sache auch noch im spätern Recht rein und unverfälscht erhalten. Dieselbe ist eine Delictsklage⁵⁰⁾ aus einem

⁴⁵⁾ Dass die Römer den Begriff des Delicts nicht bloß auf die vier delicta privata beschränken, ist bekannt, s. z. B. l. 9 §. 2 de minor (4. 4) delinquentibus . . . vel alias in contractu. l. 49 de O. et. A (44. 7) Ex contractibus . . . licet delictum quoque versetur. l. 3 pr. Quod vi (43. 24) delinquentis. l. 2 de itin. (43. 19) . . . superveniente delicto.

⁴⁶⁾ l. 7 §. 1 Dep. (16. 3) . . . dolus ex contractu descendit.

⁴⁷⁾ l. 7 Nautae (4. 9).

⁴⁸⁾ l. un. §. 1—3 Si mulier (25. 6).

⁴⁹⁾ l. 9 pr. §. 8 de reb. auct. (42. 5). Si possessionis causa deterior facta esse dicitur dolo ejus, qui in possessionem missus sit, actio in eum ex dolo datur . . . cum ex delicto oriatur poenaeque nomine concipiatur.

⁵⁰⁾ Darum geht sie nicht gegen die Erben, l. 3 §. si mensor (11. 6).

Geschäftsverhältniss⁵¹⁾, das stets auf dieser niedern Stufe des rechtlichen Schutzes stehen geblieben, sich nie zur directen Klagbarkeit erhoben hat⁵²⁾.

Auf demselben Standpunkt unvollkommener obligatorischer Entwicklung, der sich bei diesem Verhältniss ausnahmsweise bis in die spätere Zeit behauptet hat, haben ursprünglich noch manche andere gestanden, die erst im neuern Recht sich zum Rang reiner d. h. durch den Delictsgesichtspunkt nicht mehr bedingter Obligationsverhältnisse aufgeschwungen haben. Zu ihnen gehörten die Tutel, das Mandat, die Societät, die Fiducia und das Depositum. Dass es eine besondere Bewandniss mit ihnen hat, darauf sollte schon der Umstand aufmerksam machen, dass im Gegensatz zu allen sonstigen Contractsverhältnissen bei ihnen die Verurtheilung Infamie nach sich zieht; ganz so, wie bei den infamirenden Delicten. Bei Aufzählung der Gründe der Infamie im prätorischen Edict werden sie letzteren unmittelbar angereiht und in der tabula Heracleensis sogar zwischen das furtum auf der einen und den dolus und die injuria auf der andern Seite in die Mitte gestellt⁵³⁾. Die dadurch hervorgerufene Idee einer Verwandtschaft zwischen beiden Kategorien erweist sich als vollkommen begründet. Das Delict, um das es sich bei jenen Verhältnissen handelt, wird als „crimen perfidiae“⁵⁴⁾ bezeichnet, es besteht in der gröblichen

⁵¹⁾ l. 4 ibid. . . initium rei non a circumscriptione, sed a suscepto negotio originem capit. Daran reiht der Jurist die Consequenz, dass die Klage eine perpetua ist.

⁵²⁾ l. 1 pr. ibid. quia non crediderunt veteres inter talem personam locationem et conductionem esse, sed magis operam beneficii loco praeberi. §. 1 ibid. . . civiliter obligatus non est.

⁵³⁾ l. 1 pr. de his qui not. (3. 2). . . pro socio, tutelae, mandati, depositi. Die dem justinianeischen Recht nicht mehr bekannte act. fiduciae ist ausgelassen. Tab. Herad. c. 8. qui furti . . . condemnatus pactusve est erit, quive iudicio fiduciae, pro socio, tutelae, mandati injuriarum deve dolo malo condemnatus est erit. Hier fehlt wiederum das depositum. War dasselbe zur Zeit dieses Gesetzes (a. u. 709) noch nicht klagbar? Damit würde Cic. de off. III. 26 . . non semper deposita reddenda übereinstimmen und die consequente Auslassung des depositum in de nat. deor. III. 30, 74, pro Rosc. Com. c. 6, 16 und pro Caec. c. 3, 7.

⁵⁴⁾ l. 1 §. 4 Depos. (16. 3) „crimen perfidiae“. l. 5 pr. ibid. de fide rupta agitur. l. 55 §. 1 de adm. (26. 7) perfide agere. Cic. de nat. deor. III. 30, 74: iudicia de fide mala. l. 6 de his qui not (3. 2) de perfidia agitur. l. 6 §. 6 ibid. in deposito vel in mandato male versatus.

Täuschung des gerade bei ihnen im besonderen Grade bewiesenen Vertrauens ⁵⁵⁾. Als Strafe schliesst sich daran die Infamie, die Verpflichtung zur Leistung des vollen Schadensersatzes und die Berechtigung des Klägers zur Ableistung des *juramentum in litem*. Der Unterschied der altrömischen und unserer heutigen Auffassung dieser Verhältnisse liegt auf der Hand. Niemand kommt heutzutage auf den Gedanken, in den aus ihnen entspringenden Klagen etwas anderes als gewöhnliche Contractsklagen zu erblicken, d. h. Ansprüche, zu deren Begründung ganz wie beim Kauf oder Darlehn die blosse Thatsache des Contractes ausreicht, ohne dass sich das Delictsmoment, der Vorwurf widerrechtlicher Handlungsweise hinzuzugesellen brauchte. Nach altrömischer Auffassung hingegen war dieser letztere Gesichtspunkt in dem Masse der vorwiegende, dass das prätorische Edict es nicht einmal für nöthig hielt, bei den Gründen der Infamie für jene Klagen das Moment des *dolus* besonders zu erwähnen ⁵⁶⁾: so sehr verstand sich dies nach hergebrachter Auffassung von selbst.

Am klarsten tritt das Sachverhältniss beim Depositum hervor. Der Depositar, sagt Gajus ⁵⁷⁾ „*tantum in eo obnoxius est, si quid ipse dolo malo fecerit*“, es ist also eine specielle Dolusklage, ganz wie beim *ensor*. Und der Depositar, welcher sich vom Deponenten versprechen lässt: „*ne depositi agat, vi ipsa id pactus videtur, ne de dolo agat*“ ⁵⁸⁾. Darum wird auch die Frage, ob ein Unmündiger durch Entgegennahme eines Depositums verpflichtet werde, in erster Linie auf dessen Zurechnungsfähigkeit für *dolus* gestellt, und erst in zweiter Linie der dadurch nicht bedingten Möglichkeit der Anstellung der Klage bis auf den Betrag der Bereicherung gedacht ⁵⁹⁾. Dass nach geschehener Ablieferung der vom Depositar deteriorirten Sache noch

⁵⁵⁾ Cic. pro Rosc. com. c. 6. Si qua enim sunt privata judicia summae estimationis et paene dicam capitis sunt, tria haec sunt: fiducia, tutela, societatis. Aequè enim perfidiosum et nefarium est fidem frangere, quae continet vitam, caet. Cic. pro Caec. c. 3: delictum . . . iudicium turpe.

⁵⁶⁾ Die Erben waren durch den Zusatz: *suo nomine damnatus* ausgeschlossen.

⁵⁷⁾ Gaj. III. 207.

⁵⁸⁾ l. 27 §. 3 de pact. (2. 14).

⁵⁹⁾ l. 1 §. 15 Dep. (16. 3).

ein nachträglicher Schadensersatzanspruch denkbar sei, glaubt ein römischer Jurist nur mittelst des Gesichtspunktes deduciren zu können: cum res deterior redditur, potest dici dolo malo redditam non esse ^{59a)}, ja vor begangenen dolus wird wohl gar die Möglichkeit der act. depos. geradezu negirt ⁶⁰⁾. Ob mit dieser Auffassung auch die Verleihung der Klage an den Haussohn zusammenhängt, möge dahin gestellt bleiben ⁶¹⁾.

Wollte man das Verhältniss juristisch richtig wieder geben, so musste man sagen: das Depositum begründet als solches noch keine Obligation, sondern nur die Möglichkeit der Entstehung einer solchen durch Delict, und in der That findet sich diese Auffassung in unseren Quellen vertreten. Der Depositär, sagt Pomponius in l. 81 §. 1 de solut. (46. 3), welcher nach dem Tode des Deponenten dem einen seiner Erben ohne dolus die Sache ausliefert, wird dem andern gegenüber befreit oder, so corrigirt er sich: verius est, non incidit in obligationem ^{61a)}, die Obligation gelangt gar nicht zur Entstehung. Eine Consequenz dieser Auffassung war die Fortdauer der Wirkung des einmal begangenen Delicts, auch wenn dasselbe thatsächlich hinterher wieder rückgängig gemacht worden war ⁶²⁾.

War nun, wie aus allen diesen Spuren deutlich hervorgehen dürfte, die act. depositi ursprünglich eine eben solche specielle Dolusklage, wie es die Klage gegen den mensor noch im neuern Recht

^{59a)} l. 1 §. 16 ibid.

⁶⁰⁾ z. B. l. 13 pr. ibid. Si . . . eum, qui rem depositam petebat, verum procuratorem non putaret . . . nihil dolo malo fecit. Postea autem si cognoverit, cum eo agi poterit, quoniam nunc incipit dolo malo facere, si reddere eam non vult.

⁶¹⁾ l. 19 ibid. l. 9 de O. et A. (44. 7). In der letzten Stelle wird sie mit zwei Delictsklagen: der act. injuriarum und dem interd. quod vi aut clam, aber auch mit der act. commodati zusammengestellt.

^{61a)} Dieselbe Auffassung prägt sich in der Wendung aus, welche Cic. pro Caec. c. 3, 7 gebraucht: qui per tutelam aut societatem aut rem mandatam aut fiduciae rationem fraudaverit quempiam: die Verhältnisse bilden bloss die Gelegenheit zum Delict, nicht sie selber verpflichten, sondern das Delict.

⁶²⁾ l. 1 §. 25 ibid. Si rem depositam vendidisti eamque postea redemisti in causam depositi, etiamsi sine dolo malo postea perierit, teneri te depositi, quia semel dolo fecisti, cum venderes. Man vergleiche damit des Gegensatzes wegen die l. 27 §. 2 de R. V. (6. 1).

ist, (S. 28), so ging sie damals ebensowenig wie letztere (Note 50) passiv auf die Erben über. Diese Annahme findet eine interessante Bestätigung an dem vielbestrittenen Zeugnis des Theophilus (IV 12 §. 2). Für das neuere Recht auf einem offenbaren Versehen beruhend — denn die Pandekten theilen in l. 1 §. 1 *Depositi* (16. 3) ausdrücklich die Bestimmung des prätorischen Edicts mit, welche die Transmission der Klage mit dürren Worten ausspricht — hat jenes Zeugnis in historischer Beziehung einen um so höhern Werth. Angesichts der bisherigen Ausführungen und des Umstandes (s. u.), dass sich dieselbe Erscheinung bei der *act. mandati* und *fiduciae* und bis zu einem gewissen Grade auch der *act. tutelae* wiederholt, wird die Behauptung schwerlich als eine gewagte erscheinen, dass der Grund des Irrthums von Theophilus nicht in ihm selber, sondern in der Notiz eines ältern Juristen zu suchen ist, welcher die angegebene Neuerung des prätorischen Edicts noch nicht kannte und den Nichtübergang der *act. depositi* wegen *dolus* des Erblassers als geltendes Recht vortrug.

Ein römischer Jurist belehrt uns ⁶³⁾, dass man nach den 12 Tafeln aus dem Depositum aufs Doppelte klagen können. Kannten schon die 12 Tafeln eine *actio depositi*? Ich möchte es bezweifeln. Es ist nämlich sehr wohl möglich, dass der Jurist dabei die durch jenes Gesetz bestimmte Strafe des Doppelten beim *furtum nec manifestum* im Auge gehabt hat; gleich der *condictio furtiva* ⁶⁴⁾, fand auch sie ⁶⁵⁾ beim Depositum im Fall der Unterschlagung unzweifelhafte Anwendung. Hätte das Gesetz bereits eine *act. depositi* auf das Doppelte gegeben, so wäre es schwer zu begreifen, was den Prätor veranlassen konnte, eine *act. depositi* auf das Simplum einzuführen d. h. dem Deponenten weniger zu bieten, als er nach bisherigem Recht hatte. Geht man aber davon aus, dass der Depositär im ältern Recht nur wegen *furtum* in Anspruch genommen werden konnte, so wird die Einführung der *actio depositi* d. h. die Erweiterung

⁶³⁾ Paulus in der *Collat.* X, 7 §. 11 (*Sent. rec.* II. 12 §. 11).

⁶⁴⁾ l. 13 *Dep.* (16. 3).

⁶⁵⁾ l. 29 *ibid.*

seiner Haftung über die blosse Unterschlagung hinaus auf *dolus malus* schlechthin, also z. B. auf dolose Beschädigung, Vernachlässigung der Sache vollkommen begreiflich ⁶⁶⁾).

Das prätorische Edict stellte für das *depositum* zwei Klagformeln auf: eine *formula in jus* und eine *formula in factum concepta* ^{66a)}. Was das eigentliche Motiv dafür gewesen sein mag, ob es lediglich die Rücksicht auf den Haussohn war ⁶⁷⁾, darüber möge man rechten; genug jene beide Formeln enthalten den getreuen Ausdruck des Gegensatzes, der uns hier beschäftigt: der *Delictsklage* aus dem *Contract* d. h. Namhaftmachung des *Contracts* und des *dolus*: „*deposuisse eamque dolo malo redditam non esse*“ und der blos *reipersecutorischen* Klage aus dem *Contract*: „*quod . . . deposuit . . . quidquid ob eam rem dare facere oportet.*“

Ganz dasselbe, was so eben für die *act. depositi* ausgeführt ist, gilt auch für die *act. pro socio*. Unsere juristischen Quellen würden uns zwar nicht in Stand setzen, dies zu erkennen, dagegen ist uns in der Rede Ciceros *pro Roscio Comoedo* ein Zeugniß aufbewahrt, welches uns die Art, wie man in früherer Zeit die Klage auffasste, aufs anschaulichste vor Augen führt. Die *act. pro socio* enthält den Vorwurf „*furti ac fraudis*“ (c. 9 §. 26), sie schliesst ein „*crimen*“, eine „*magnitudo criminis*“, ein „*judicium grave*“ in sich (§. 25); wäre der Anspruch gegen Roscius begründet gewesen, so hätte ein „*furtum apertum*“ vorgelegen (§. 26). Einer anderen, ganz bezeichnenden Wendung, deren er sich in seiner Rede *pro Caecina* bedient (*fraudare per societatem*), ist bereits Note 61a gedacht. Vor Einführung der *act. pro socio* wird auch hier wie beim *Depositum* die *condictio furtiva* und *act. furti* dieselbe ersetzt haben ⁶⁸⁾.

⁶⁶⁾ Eine Analogie bietet das Mandat, bei dem die *lex Aquilia* ebenfalls das *furtum* durch *dolus* ergänzte (s. u.)

^{66a)} Gaj. IV. 47.

⁶⁷⁾ l. 13 de O. et A. (44. 7). *In factum actiones etiam filii familias possunt exercere*; vgl. l. 9 *ibid.*

⁶⁸⁾ Wie weit die Anwendbarkeit der *act. furti* auch bei *Contractsverhältnissen* im ältern Recht ging, ist bekannt; s. z. B. Gell. XI. 18 §. 13: *condemnatum quoque colonum fundo, quem conduxerat, vendito.*

Einen besonders interessanten Einblick in seine Entwicklungsgeschichte verstattet uns das Mandat. Seit Auffindung des ächten Gajus wissen wir, dass das zweite Kapitel der *lex Aquilia* gegen den dolosen Adstipulator, „qui pecuniam in fraudem stipulatoris acceptam fecerit,“ eine actio „damni nomine“ auf Erstattung der von ihm veruntreuten Summe gab ⁶⁹⁾. Vom Standpunkt seiner Zeit aus urtheilend, findet Gajus diese Klage neben der *act. mandati* mit Recht befremdend („sed id caveri non fuit necessarium, cum actio mandati ad eam rem sufficeret) und weiss ihre Existenzberechtigung mit keinem andern Grunde zu rechtfertigen, als dass sie gegen den Läugnenden aufs Doppelte ging — ein Grund, über dessen Unzulänglichkeit man sich schwerlich täuschen wird. Der wahre Grund war der, dass es zur Zeit jenes Gesetzes noch keine *act. mandati* gab, die *act. furti* aber, da der Mandatar das Geld nicht sich selber angeeignet, sondern dem Schuldner erlassen hatte, zu dem Zweck ebensowenig ausreichte wie beim Depositum im Fall des *dolus* (S. 33). Darum, weil dem ältern Recht die *act. mandati* unbekannt war, bedurfte es auch für den Bürgen einer besondern Regressklage gegen den Schuldner, der *act. depensi*. Ein anderer bereits dem ältesten Recht angehöriger Fall, wo das spätere Recht mit der *act. mandati contraria* geholfen haben würde, das ältere aber, eben weil das Mandat noch nicht klagbar war, eine besondere Klage gewähren musste, war der der *actio furti oblati*. Mittelst ihrer forderte derjenige, welcher für einen Andern eine gestohlene Sache in Verwahrsam genommen hatte, die bei ihm in Folge der Haussuchung entdeckt worden war, die dafür gezahlte Strafe des Dreifachen zurück ⁷⁰⁾. Bei dem Mandat wie der Tutel sind diese speciellen Delictsklagen die Vorläufer der allgemeinen Delictsklage aus dem Verhältniss (*act. mandati, tutelae*) gewesen, eine Erscheinung die sich auch bei den Delicten selber in Gestalt der speciellen und generellen Delictsklagen wiederholt ^{70a)}. Aber auch nachdem das Mandat als solches klagbar

⁶⁹⁾ Gaj. III. 215, 216.

⁷⁰⁾ Gaj. III. 187.

^{70a)} Der generellen *act. legis Aquiliae* gingen eine Menge detaillirter Schadensersatzklagen voraus, von denen wir keine Kunde mehr haben, l. 1 pr. ad leg. Aq. (9. 2) *Lex Aquilia omnibus legibus, quae ante se de damno injuria locutae sunt,*

geworden war, wirkte doch die ursprüngliche Idee der Delictsklage noch eine Zeitlang nach. Auf dieser Stufe der Entwicklung stand die *act. mandati* noch am Ende des vorletzten Jahrhunderts der Republik denn der Auctor ad Herennium berichtet uns ^{70b)}, dass von zwei Prä-toren um die angegebene Zeit (Sextus Julius Caesar, Prätor 631, M. Livius Drusus der ältere, Tribun 632) der eine die *act. mandati* gegen den Erben versagt, der andere sie gewährt habe, d. h. der eine erblickte in ihr noch eine Delicts- der andere bereits eine Con-tractsklage. Dass die oben genannte *act. legis Aquiliae* gegen den Mandatar als Delictsklage auf dessen Erben übergang, wird keiner Be-merkung bedürfen.

Die Transmission der Klagen ist ein sicherer Massstab für die reipersecutorische Natur einer Klage. Bringen wir ihn auf die uns noch übrig gebliebenen beiden Verhältnisse: die Tutel und Fiducia zur Anwendung, so treffen wir bei beiden etwas Eigenthümliches. Für die Tutel gilt noch im neuern Recht in dieser Beziehung das Besondere, dass die Klage nicht schlechthin auf den Erben des Vormundes über-geht, sondern dass derselbe nur für *dolus* und *culpa*, nicht für „negli-gentia“ d. i. *culpa levis* zu haften hat ⁷¹⁾. Und auch für die Fiducia wird uns eine Abweichung von den gewöhnlichen Grundsätzen über die Transmission der Contractsklagen bezeugt, allerdings nicht in Be-zug auf die passive, sondern auf die active Transmission ^{71a)}. Für beide Verhältnisse ergibt sich daraus wenigstens soviel, dass es mit

derogavit, sive XII tabulis sive alia quae fuit, quas nunc referre non est necesse. Dasselbe ist für die *act. doli* zu behaupten, nur dass die meisten der speciellen Dolusklagen sich noch im neuern Recht neben der generellen *act. doli* erhalten haben. Ich nenne beispielsweise 1. die Klage gegen den falsus tutor, l. 7 pr. Quod falso (27. 6). 2, wegen doloser Alienation, l. 1 pr. de al. jud (4 7). 3, wegen Simula-tion der Schwangerschaft, l. 1 §. 1—3 si mulier (25. 6). 4, gegen den missus in pos-sessionem, l. 1 pr. §. 9 de reb. aut. (42. 5). 5, wegen verhinderter in jus vocatio l. 5 §. 1 Ne quis eum (2. 7).

^{70b)} Auct ad Her. II. 13, 19.

⁷¹⁾ l. 4 de mag. conv. (27. 8) . . nec heres tutoris negligentiae nomine tenetur. l. 1 Cod. de hered. tut (5. 54) . . ob negligentiam quae non latae cul-pae comparari possit.

^{71a)} Von Paulus in einem in der Consult. VI. 8 erhaltenen Fragment aus seinen Sententiae receptae: heredibus debitoris adversus creditorem qui pignora vel fiducias distraxit, nulla actio datur nihi a testatore inchoata ad eos transmissa sit.

ihnen eine andere Bewandniss hatte, als mit den gewöhnlichen Contractsverhältnissen, und nach allem, was wir bisher gefunden, können wir den Grund davon nur in dem Delictsgesichtspunkt erblicken. Für die Tutel ist uns derselbe in der *act. rationibus distrahendis* der XII Tafeln aufs Doppelte ^{71b)} ausdrücklich bezeugt. Dass diese Klage älter ist als das *judicium tutelae*, kann in meinen Augen ebensowenig einem Zweifel unterliegen, als dass die *act. leg. Aquiliae* gegen den Mandatar älter ist als die *actio mandati*. Ebensowenig aber ist es mir zweifelhaft, dass die *actio tutelae*, ganz so wie es für die *act. mandati* und *depositi* im bisherigen nachgewiesen ist, ursprünglich nicht gegen die Erben des Vormundes gerichtet werden konnte, d. h. dass sie noch nicht als reipersecutorische, sondern als Delictsklage aufgefasst ward, und dasselbe werden wir auch für die *act. pro socio* und *fiduciae*, kurz die sämtlichen oben genannten fünf *actiones famosae*, anzunehmen berechtigt sein. Nur so erklärt es sich, dass die *tabula Heraeleensis* (die *lex Julia municipalis* aus dem Jahre 709) jene Klagen, mit Ausnahme der ihr, wie er scheint, noch nicht bekannten *act. depositi*, mit der *act. doli* und *injuriarum* auf eine Linie stellen konnte (Note 53). Zwischen dieser ehemaligen und der neuern Gruppierung derselben im prätorischen Edict liegt der Umschwung jener Klagen aus Delicts- in Contractsklagen.

Wir fassen das Resultat unserer Erörterung der obigen Verhältnisse in die Formel zusammen: bei ihnen allen hat sich die Idee der obligatorischen Kraft des Verhältnisses erst durch den Gesichtspunkt des Delicts hindurch arbeiten müssen. Es ist das keine vereinzelte Thatsache der Geschichte des römischen Obligationenrechts, sondern der darin sich vollziehende Durchgang des Rechtsbegriffes durch die subjectivistische zur objectivistischen Form, wie ich den Gegensatz bezeichnen will, ist eine Erscheinung, die sich in allen Rechten und auf allen Rechtsgebieten oft wiederholt, und die sich selbst in der Geschichte der Wissenschaft nicht verläugnet. Leicht ist es, das Unrecht zu erkennen, wo das Delict an seiner

^{71b)} l. 55 §. 1 de adm. tut. (26. 7) l. 1 §. 19 seq. l. 2 de tut rat. (27. 3).

Wiege sitzt, wo schon die Form seiner Begehung, der böse Blick und die geballte Faust des Thäters es als solches kennzeichnet; das einfache sittliche Gefühl im Menschen reicht aus, um ihm das Urtheil zu sprechen. Aber das Erkenntniss über das objective Unrecht ist ungleich schwerer, denn letzteres hat nichts verletzendes, es ist frei von aller Schuld, ja es verträgt sich mit der festen Ueberzeugung des eignen Rechts; um ihm das Urtheil zu sprechen, dazu bedarf es der vollen Klarheit über Inhalt und Ausdehnung des ihm gegenüberstehenden Rechts. Einige Beispiele mögen diese Behauptung erläutern.

Das römische Recht gewährt bekanntlich gewissen, dem Erblasser nahe stehenden Personen, welche in seinem Testament grundlos exhereditirt sind, das Recht der Anfechtung desselben mittelst der *querela inofficiosi testamenti*, aber nicht in der Weise, wie sonst das Recht der Anfechtung bemessen ist, dass es nämlich blos auf das Recht und Interesse des Klägers ankäme, sondern in der Art, dass die Anfechtung bedingt ist durch das Moment der Verschuldung in der Person des Testators. Er hat pflichtwidrig gehandelt, indem er mich enterbte, denn ich verdiente es nicht — das ist bekanntlich der Sinn der Klage. Wie nun, wenn ihn in der That dieser Vorwurf gar nicht trifft, wenn der täuschende Schein in einer Weise gegen mich sprach, dass Jeder in seiner Lage demselben hätte Glauben schenken müssen, — wo bleibt die Schuld? Man fühlt: der Gesichtspunkt der Schuld ist ein zu enger, er verhilft dem enterbten Kind nicht zu seinem Recht; ihn aufstellen und durchführen zu wollen, heisst dessen Recht dem Spiel des Zufalls Preis geben. Wie die Verfolgung des Eigenthums unabhängig ist von dem Moment der Schuld in der Person des Gegners, so sollte es auch die des Erbrechts sein, und mittelst der Umgestaltung des Notherbenrechts durch Justinian ist diese Forderung in der That erfüllt, und vielleicht würden schon die römischen Juristen keinen Anstand genommen haben, die Querel auch in dem obigen Fall zuzulassen. Aber die *querela* selber entsprach dieser Anforderung nicht, denn sie war gebaut auf den Gesichtspunkt des subjectiven Unrechts, der Pflichtwidrigkeit von der einen und der dadurch verursachten Kränkung von der anderen Seite — das mate-

rielle Notherbrecht hat sich also ebenso, wie die obigen Contractsverhältnisse, erst durch den Gesichtspunkt des subjectiven zu dem des objectiven hindurcharbeiten müssen.

Ein Seitenstück zu dieser Anfechtung des Testaments nach römischem, gewährt die Anfechtung des Urtheils nach deutschem Recht. Der altgermanische Process erfasste diesen Akt unter dem Gesichtspunkt des subjectiven Unrechts — das Urtheil ward gescholten, es war ein vom Richter dem Scheltenden zugefügtes Unrecht und das Schelten wiederum „ein persönlicher Angriff gegen die Person des Urtheilsfinders, so dass es dabei zum Zweikampf kommen konnte ⁷²⁾.“

Wäre die Ansicht Savigny's richtig, welche den Grund der possessorischen Interdicte in einem Delict erblickt, so würde auch der Besitz einen weiteren Beleg abgeben. Sie würde nämlich erweisen, dass das römische Recht die Idee des Besitzes, anstatt sie in der ihr gleich dem Eigenthum zukommenden objectivistischen Allgemeinheit anzuerkennen, blos in der beschränkten Gestalt des subjectiven Unrechts erfasst hätte. In der That aber zeugt jene Ansicht in meinen Augen ^{72a)} nur für die Macht, welche der hier entwickelte Gedanke auch innerhalb der Wissenschaft ausübt, — eine Thatsache, für die es dem aufmerksamen Beobachter nicht an Beispielen fehlen wird ⁷³⁾.

Ob nun derselbe Entwicklungsgang, den uns die im bisherigen angeführten Beispiele veranschaulichen, sich nicht noch bei manchen

⁷²⁾ von Bar, das Beweisurtheil des germanischen Processes, 1866. S. 13.

^{72a)} Die Begründung dieses Urtheils s. in dem ersten (augenblicklich unter der Presse befindlichen) Heft des neunten Bandes meiner Jahrbücher.

⁷³⁾ Ich könnte mich selber anführen. Die von mir aufgestellte Theorie der culpa in contrahendo wird, indem sie den beschränkten Gedanken des subjectiven Unrechts zu Grunde legt, der Idee des Verhältnisses selber nicht gerecht, und meine Formulirung wird gewiss durch eine weitere, objectivere ersetzt werden. Dasselbe gilt von einer Menge von Fällen, wo die römischen Juristen eine culpa annahmen — es sind Bestimmungen objectiver Art, gewaltsam in die subjective Form gezwängt, die erst die fortschreitende Wissenschaft von dieser engen Form ablösen wird. Ein Beispiel aus der germanistischen Jurisprudenz gewährt der Gegensatz der Ansichten über das Autorrecht: der subjectivistischen, welche das Verhältniss unter das im Nachdruck liegende Delict bringt, und der objectivistischen, welche dasselbe, entbunden von dieser beschränkten Voraussetzung, in seiner Objectivität gleich dem Eigenthum als Autorrecht anerkennt.

andern Begriffen und Instituten des römischen Rechts wiederholt hat, das ist eine Frage, die ich allerdings für einige derselben bejahen möchte, die aber zu ihrer Beantwortung einen solchen Apparat an historischem Material erfordern würde, dass ich hier füglich davon abstehe.

Fassen wir die Summe der bisherigen Untersuchung in wenig Worte zusammen, so ist die extensive Bewegung des Schuld moments in der Geschichte des römischen Privatrechts veranschaulicht durch folgende drei Klassen von Klagen:

- 1) solche, denen gegenüber das Schuld- oder Delictsmoment die ursprüngliche Form einer besonderen Delictsklage beibehalten hat, denen es also dauernd innerlich-fremd geblieben ist,
- 2) solche, denen es ursprünglich ebenfalls fremd war, die dasselbe aber später in sich aufgenommen,
- 3) solche, die ursprünglich mit dem Delictsgesichtspunkt eingesetzt, sich aber später zur Idee eines rein reipersecutorischen Anspruches erhoben haben.

IV.

Innere Gestaltung und Ausbildung des Schuld moments.

Der zweite Theil meiner Aufgabe (S. 21) umfasst ein Gebiet, das ich fast bedauern möchte betreten zu müssen. Reich wie kaum ein anderes an treffenden, unvergänglichen Gedanken der römischen Juristen, ein Schauplatz regster wissenschaftlicher Bewegung und freister von dem sichern Boden des praktischen Lebens aus zur Höhe philosophischer Speculation sich erhebender schöpferischer Thätigkeit, ladet es zum längeren Verweilen ebenso sehr ein, wie es den Versuch, es im raschen Fluge zu durchstreifen und die Haupteindrücke auf wenige Sätze zusammenzudrängen, fast zur Unmöglichkeit macht. Nur der Umstand, dass das Meiste von dem, was es uns bietet, bei seinem allbekannten Charakter weniger der weiteren Mittheilung als der blossen Namhaftmachung bedarf, setzt mich gleichwohl in Stand, diesen Vorsatz auszuführen, und indem ich mir blos vorbehalte, einzelne Punkte, von denen sich dies weniger behaupten lässt, einer etwas

genauern Betrachtung zu würdigen, beschränke ich mich im Wesentlichen darauf, durch eine blosse Inventur des Vorhandenen, wenn ich mich so ausdrücken darf, dem Kenner des römischen Rechts den Reichthum des hier sich drängenden Stoffes zum Bewusstsein zu bringen.

Drei Gesichtspunkte sind es, auf welche ich das Charakteristische und Bedeutungsvolle der Theorie der römischen Juristen glaube zurückführen zu müssen:

- 1) die strenge Durchführung des Satzes, dass nicht der Schaden als solcher, sondern lediglich die Verschuldung eine Verantwortlichkeit für die That und damit die Verpflichtung zum Schadensersatz begründet.
- 2) die Unterscheidung der verschiedenen Arten und Richtungen der Schuld.
- 3) das Gleichgewicht zwischen Verschuldung und Strafe.

I. Ohne Schuld keine Verantwortlichkeit für die That d. h. keine Verpflichtung zum Schadensersatz.

Nicht der Schaden verpflichtet zum Schadensersatz, sondern die Schuld.

Ein einfacher Satz, ebenso einfach wie der des Chemikers, dass nicht das Licht brennt, sondern der Sauerstoff der Luft. Aber beide gehören zu den Sätzen, in denen für den Kundigen eine ganze Geschichte der Wissenschaft steckt. Sie sind das einfache Kreuz auf dem Thurm; der ganze Thurm hat erst gebaut werden müssen, bevor das Kreuz gesetzt werden konnte, — das Kreuz ist die Krönung und die Höhe des ganzen Baues.

Der Wissenschaft der Chemie kann es nicht schwerer geworden sein, sich zu dem einen, wie der Jurisprudenz, sich zu dem andern der beiden Sätze zu erheben. Bei beiden bedurfte es der Losreissung von dem äussern Schein, einer Selbstbefreiung von der Macht der natürlich - sinnlichen Anschauungsweise und eines unausgesetzten Kampfes gegen das Vorurtheil, denn dem ungebildeten Menschen ist die

Vorstellung, dass das Licht brenne, um nichts zugänglicher, als dem rohen Rechtsgefühl der Satz, dass die Zufügung des Schadens, sagen wir einfach: der Schaden, zum Ersatz desselben verpflichte. In beiden Fällen musste erst der Glaube an die Wahrheit der sinnlichen Wahrnehmung erschüttert und gebrochen, das Auge, welches sich zum Urtheil über die Thatsachen berufen hält, seines Richteramts enthoben und das Urtheil der Wissenschaft an dessen Stelle gesetzt werden.

Für die Frage vom Schadensersatz bestand dies darin, dass gegenüber dem Gesichtspunkt der äusseren Causalität der That der der inneren, der Verschuldung zur Geltung gebracht wurde. Dem blossen Auge nach ist derjenige der Thäter und folglich für seine That verantwortlich, welcher äusserlich dieselbe vorgenommen hat, der Lehre der römischen Juristen zufolge ist es derjenige, dem sich die That zur Schuld beimessen lässt. Nicht das äussere Thun verpflichtet, sondern die Handlung d. h. die Causalität der That im menschlichen Willen, und auch nicht die Handlung schlechthin, sondern nur, wenn sie sich dem Willen zum Vorwurf anrechnen lässt. Ohne diese Voraussetzung fällt der Schaden, den der Mensch, unter denselben Gesichtspunkt, wie der, den der Hagel angerichtet hat, er ist ein Naturereigniss, dessen nachtheilige Folgen derjenige zu tragen hat, den sie treffen, in der Sprache des Rechts ein *casus*.

Mit dieser geläuterten Auffassung waren die Einrichtungen und Sätze des ältern Rechts, welche auch den Unschuldigen zur Strafe zogen, auf die Dauer unvereinbar. Zwar einigen von ihnen fristete die Macht der Gewohnheit noch ein längeres Dasein ^{73a)} — Ueberreste einer früheren Culturepoche, die seltsam hineinragen in eine völlig veränderte Umgebung — bis auch sie dem Geist der Zeit erlagen ⁷⁴⁾. Aber im Ganzen und Grossen ist der Umschwung schon

^{73a)} So z. B. der *act. furti concepti*, die noch Gajus III. 191 und Paul. S. R. II. 31, 5, 14 als praktisch erwähnen. Aber schon ein Rescript von Sever und Antonin (l. 8 Cod. ex quib. causis inf. 2. 12) bezeichnet das auf Grund dieser Klage gegen den Unschuldigen gesprochene Urtheil als „*durior sententia*“ und schliesst die Infamie aus.

⁷⁴⁾ Im justinianeischen Recht sind alle speciellen Diebstahlsklagen mit Ausnahme der *act. furti manifesti* und *nec manifesti* verschwunden; „*in desuetudinem abierunt*“, wie Justinian in §. 4 J. de obl. ex del. (4. 1) sagt. Er fügt hinzu: *cum*

in der Zeit der klassischen Juristen vollständig erfolgt. Alle Schöpfungen, die ihnen oder dem Prätor ihr Dasein verdanken, athmen einen völlig andern Geist, und auch bei manchen von denen, die ihre Anfänge bis in das älteste Recht zurückführen, wie vor allen die *reivindicatio*, hat sich die Gewalt des Zeitgeistes mächtiger erwiesen, als alle Tradition. Der Gedanke, den wir oben an die Spitze gestellt haben, geht siegreich fast durch das ganze neuere Recht hindurch. Ueberzeugen wir uns davon, indem wir ihn an folgenden drei Verhältnissen erproben: 1. bei den Delictsklagen, 2. den Contractsklagen, 3. den *actiones in rem*.

1. Die Delictsklagen.

1. Kinder, Wahnsinnige, Thiere.

Wer nicht weiss, was er thut, haftet für Nichts. Der Wahnsinnige, den so manche Rechte zum Schadensersatz heranziehen, geht nach römischem Recht frei aus; sein Thun steht wie das des Thieres nicht unter den Gesetzen der moralischen, sondern der Körperwelt, es ist ein Vorgang der äussern Natur gleich dem Fallen des Steins ^{74a}). Aber wie bei dem Thiere der Herr haftet, wenn ihm eine Schuld trifft, so auch beim Wahnsinnigen unter gleichen Voraussetzungen die Personen, die ihn zu hüten hatten ⁷⁵). Dasselbe gilt von den Kindern, nicht blos von den *infantes* im technischen Sinn (bis zum beendeten siebenten Jahre), sondern auch von denen, welche dieses Alter bereits zurückgelegt haben (*infantia maiores*), aber noch der Einsicht in den rechtswidrigen Charakter ihrer Handlungen entbehren (*infantiae proximi*) ⁷⁶). Erst wenn diese Einsicht sich eingestellt hat, kann der Mensch für seine Handlungen zur Rechenschaft gezogen werden. Die-

manifestissimum est, quod omnes qui scientes rem furtivam susceperint et celaverint, furti nec manifesti obnoxii sunt. In dem einen Wort „*scientes*“ liegt der Gegensatz des alten und neuen Rechts. Ebenso sind alle Processstrafen (S. 13) untergegangen s. unten (VII).

^{74a}) l. 5 §. 2 ad leg. Aq. (9. 2) . . . *quemadmodum si quadrupes damnum dederit aut si tegula ceciderit.* l. 61 i. f. de adm. (26. 7) . . . *casu aliquo sine facto personae.*

⁷⁵) l. 1 §. 14 i. f. de off. praes. (1. 18).

⁷⁶) Und zwar nicht blos für eigentliche Delicte, sondern auch für schädliche Handlungen in bestehenden Rechtsverhältnissen, s. z. B. l. 61 de adm. (26. 7) l. 60 de R. V. (6. 1).

selbe stellt sich aber nicht mit einem Male, sondern nur allmählig ein, und nicht bei allen Individuen mit demselben Zeitpunkt, sondern bei dem einen früher, bei dem andern später, kurz es gibt ein kritisches Stadium der Zurechnungsfähigkeit. Mit Rücksicht darauf knüpfen die römischen Juristen die Verantwortlichkeit der *infantia maiores* nicht an einen abstract fixirten Zeitpunkt, sondern sie überweisen diese Frage der individuellen Beurtheilung des Richters.

Auf Thiere erleidet der Gesichtspunkt der Schuld keine Anwendung ⁷⁷⁾; insofern ihren Eigenthümer oder einen andern Menschen eine Schuld trifft, haften letztere ⁷⁸⁾. Für Hausthiere stellen die römischen Juristen den Unterschied auf, ob das Thier *secundum* oder *contra naturam sui generis* geschadet habe, im erstern Fall muss der Eigenthümer das Thier herausgeben, im letztern nicht. Dass dieser Unterschied mit der Idee der Schuld, möge man sie in das Thier oder in den Herrn verlegen, in einem gewissen Zusammenhang steht, ist klar, und eben darum glaube ich nicht, dass das ältere Recht in Verläugnung seines sonstigen Charakters und in Widerspruch mit allen andern auf gleicher Culturstufe befindlichen Rechten des Alterthums ⁷⁹⁾ sich bereits zu dieser feinen Unterscheidung erhoben habe (S. 12), erblicke darin vielmehr eine erst durch die spätere Jurisprudenz eingeführte Neuerung. Ob das ursprüngliche Motiv dieses Unterschiedes nicht vielleicht der Gedanke eines dem Thier zur Schuld anzurechnenden Fehlers gewesen ist, für den consequenter Weise das Thier selber zu haften habe? Jedenfalls würde es voreilig sein, die von einem der späteren römischen Juristen, dem Ulpian, herrührende Stelle in Note 77 dagegen in die Wagschale zu werfen ⁸⁰⁾.

⁷⁷⁾ l. 1 §. 3 si paup. (9. 1) . . . *damnum sine injuria facientis datum, nec enim potest animal injuria fecisse, quod sensu caret.*

⁷⁸⁾ Beispiele in l. 1 §. 4—8 *ibid.*

⁷⁹⁾ S. darüber Zimmern System der römischen Noxalklagen, S. 94, 95 Hepp a. a. O. S. 103.

⁸⁰⁾ Vergleiche darüber die Stellen bei Schrader Inst. IV. 9. pr., welcher in ihnen für die Thiere „*injuria quoddam genus vel potius similitudo*“ ausgeprägt findet, vor allem die l. 1 §. 11 si paup. (9. 1), wo einer der ältern Juristen, Quintus Mucius aus der Zeit von Cicero, den Gesichtspunkt der Schuld auf den Kampf zweier Thiere anwendet: *ut si quidem is perisset, qui adgressus erat, cessaret actio,*

Die Schadensersatzverbindlichkeit fällt sodann

2. hinweg bei Handlungen im Nothstand.

Der Schiffskapitän, welcher zur Rettung von Schiff und Ladung Waaren über Bord wirft, der Fischer, welcher die Netze und Stricke, in die sein Kahn ohne seine Schuld gerathen, durchschneidet ⁸¹⁾, um sich loszumachen, der Eigenthümer, welcher das brennende Haus des Nachbarn umreisst ⁸²⁾, um sein eigenes zu schützen, sie alle begehen kein *damnum injuria datum*, denn sie haben nur gethan, wozu die Lage, in die sie ohne ihr Verschulden gerathen waren, sie zwang, sie können die Verantwortlichkeit dafür dem Schicksal zuweisen.

Ohne Schuld keine Strafe. Darum geht die Verpflichtung zum Schadensersatz, die nach römischer Auffassung unter den Gesichtspunkt der Strafe fällt,

3. nicht auf die Nachfolger des Thäters über, weder auf die Universal- noch Singularsuccessoren.

Dieselben haften bekanntlich nur auf das, was sie in Folge des Delicts ihres Erblassers oder Autors noch in Händen haben, auf Bereicherung; wenn es sich um die Entfernung eines von ihm unrechtmässigerweise (*vi aut clam*) errichteten Werks handelt, nur auf *patientia*, d. h. sie müssen leiden, dass der Kläger auf eigene Kosten das Werk beseitigen lässt ⁸³⁾.

Für die Erben hat das kanonische Recht jenen Grundsatz ausser Anwendung gesetzt und, wie ich glaube, mit Recht. Denn mit demselben Grunde, mit dem das römische Recht sie in *Contractsverhältnissen* für die Vergehen des Erblassers haften lässt, kann man

si is, qui non provocaverat, competeret actio. Hätte man den Gesichtspunkt einer den Eigenthümer des Thieres für den Fehler desselben treffenden Schuld scharf und bewusst erfasst, so hätte man letzteren auch unabhängig vom Besitz desselben haften lassen müssen.

⁸¹⁾ l. 29 §. 3 ad leg. Aq. (9. 2).

⁸²⁾ l. 49 §. 1 ibid. l. 7 §. 4 Quod vi (43. 24).

⁸³⁾ l. 16 §. 2 Quod vi (43. 24) In summa qui vi aut clam fecit, si possidet, *patientiam et impensam tollendi operis*, qui fecit nec possidet, *impensam*, qui possidet nec fecit, *patientiam tantum debet*. In l. 3 §. 2, 3 de alien. (4. 7) werden ausser dem *interd. quod vi aut clam* noch die *act. aquae pluviae arc.* und die *operis novi nunciatio* genannt.

sie auch bei Delicten zum Schadensersatz heranziehen, es handelt sich ja nicht um ihre Schuld, sondern um die des Erblassers, welche sie zu vertreten haben. (s. unten, VII.)

Die bisher hervorgehobenen Punkte charakterisiren zur Genüge den Geist, durch welchen sich das römische Recht in unserer Materie hat leiten lassen. Nur der Vollständigkeit wegen sei bemerkt, dass dasselbe in einigen ganz speciellen Fällen aus polizeilichen Gründen (*utilitatis publicae causa*) eine Haftung ohne nachweisbare eigene Schuld für Handlungen anderer Personen eintreten lässt, so bei der *act. de recepto*, der *act. furti* gegen *nautae*, *caupones*, *stabularii*, der *act. de effusis et dejectis* und der Klage gegen die Publikenen für ihr Dienstpersonal ⁸⁴⁾.

2. Die Contractsklagen.

Meiner Ansicht nach haben die römischen Juristen sich auch bei ihnen durch den obigen Grundsatz leiten lassen. Die Verpflichtung zur Leistung des Interesses (d. h. des Schadensersatzes für unterbliebene, verzögerte oder mangelhafte Erfüllung) ist in ihren Augen überall bedingt durch den Gesichtspunkt der Schuld.

Um diese Behauptung ihrer ganzen Ausdehnung nach zu beweisen, dazu bedürfte es einer eigenen, ausführlichen dogmatischen Untersuchung, die in den Rahmen der gegenwärtigen Abhandlung in keiner Weise passen würde. Ob die folgenden Andeutungen, die ich mir allein erlauben darf, ausreichen werden, jener Behauptung eine gewisse Beachtung und Prüfung zu sichern, wage ich nicht zu bestimmen.

Der Einwurf, auf den sie gefasst sein muss, besteht darin, dass das römische Recht in verschiedenen Fällen eine Verpflichtung zur Leistung des Interesses ausspreche, in denen eine Schuld in Wirklichkeit nicht anzunehmen sei, so insbesondere im Fall der *Mora*, der *Eviction* und der Haftung für Handlungen dritter Personen.

⁸⁴⁾ l. 1 pr. de publ. (39. 4).

Was nun

1. die *Mora* betrifft, so scheint allerdings eine *Culpa* gar nicht vorzuliegen, wenn der Schuldner trotz aller angewandten Mühe die Leistung nicht beschaffen kann, und doch haftet er auch hier auf das Interesse.

Die Antwort lautet: Niemand soll eine Leistung übernehmen, der er nicht gewachsen ist⁸⁵⁾. Jeder muss das Mass seiner Kräfte und Leistungsfähigkeit kennen, bevor er contrahirt, eine Ueberschätzung derselben ist ein Versehen, unter dessen nachtheiligen Folgen er selber, nicht sein Gegner zu leiden hat⁸⁶⁾; letzterer hätte ja mit einem Andern contrahiren können. Die *culpa* springt hier auf den Moment des Abschlusses des *Contractes* zurück.

Uebrigens bedarf die Zurückführung der *Mora* auf den Gesichtspunkt der *culpa* nach dem Stande der heutigen *Doctrin* am wenigsten einer näheren Rechtfertigung⁸⁷⁾.

2. die *Evictionsleistung*. Wer eine Sache verkauft, muss wissen, ob sie ihm gehört⁸⁸⁾; täuscht er sich darüber, so begründet dies denselben Vorwurf, wie im obigen Fall: den des *culposen* Abschlusses des *Contracts* und folgeweise die Verpflichtung zur Leistung des Interesses. Wo dieser Vorwurf nicht Platz greift, fällt auch diese Verpflichtung hinweg, und es tritt dafür eine geringere Leistung: Rückgabe des Kaufpreises an die Stelle. So in dem Fall, wenn das verkaufte *pignus ex causa judicati captum* dem Käufer *evincirt* wird⁸⁹⁾, den Ge-

⁸⁵⁾ l. 7 pr. Dep. (16. 3) . . cum posset non suscipere talem causam quam decipere. l. 8 §. 1 ad leg. Aq. (9. 1) . . cum affectare quisque non debeat in quo vel intelligit vel intelligere debeat infirmitatem alii periculosam futuram. l. 9 §. 5 Loc. (19. 2) Quod imperitia peccavit, culpam esse.

⁸⁶⁾ l. 137 §. 4 de V. O. (45. 1) . . causa difficultatis ad incommodum promissoris pertinet.

⁸⁷⁾ S. statt aller von Vangerow Lehrbuch der Pandekten §. 588 Anm. 1.

⁸⁸⁾ Ebenso muss er wissen, ob sie die versprochenen Eigenschaften hat, l. 1 §. 2 de aed. ed. (21. 1) : venditorem, etiamsi ignoravit ea, quae Aediles praestari jubent, tamen teneri debere. Nec est hoc iniquum, potuit enim ea nota habere venditor, neque enim interest emtoris, cur fallatur, ignorantia venditoris an calliditate. Auf demselben Gesichtspunkt beruht auch die von mir aufgestellte Theorie der *culpa in contrahendo*. (Note 73).

⁸⁹⁾ l. 74 §. 1 de evict. (21. 2).

pfändeten selber traf keine Schuld, der Verkauf geschah ohne seinen Willen. Diese Entscheidung ist für das von mir behauptete Verhältniss zwischen Verschuldung und Interesse höchst bezeichnend. Ihre Beweiskraft wird unterstützt durch Entscheidungen, welche zwar nicht den Fall der Eviction, aber den ganz ähnlichen betreffen, wenn der Verpflichtete von vornherein nicht leisten kann, weil die Sache eine fremde ist, die er sich nicht zu verschaffen vermag. Hat er freiwillig die Verpflichtung übernommen, so haftet er auf's Interesse, ist sie ihm ohne seinen Willen auferlegt, bloß auf den Sachwerth ⁹⁰⁾. Derselbe Unterschied gilt für den Fall wenn er dieselbe Sache verschiedenen Personen zu liefern hat; der Verkäufer, der sie doppelt verkauft hat, muss dem einen Käufer die Sache, dem andern das Interesse leisten, der Erbe, von dem sie doppelt legirt ist, dem einen Legatar die Sache, dem andern bloß den Sachwerth ⁹¹⁾.

3. Haftung für Handlungen dritter Personen.

Wer bloß einen Andern für irgend eine Verrichtung auszusuchen hat, haftet consequenterweise lediglich für die dabei begangene Nachlässigkeit, (*culpa in eligendo*) wer dagegen die Leistung selber zu beschaffen hat und sie durch einen Andern vornehmen lässt, haftet für dessen *culpa* schlechthin ⁹²⁾. Lässt sich diese Haftung unter den Gesichtspunkt der eigenen Verschuldung bringen? Nicht mehr und nicht weniger, als die Haftung aus dem ädilitischen Edict (Note 88). Mit demselben Recht, mit dem man dem Verkäufer die Unkenntniss der Fehler der Sache, kann man ihm die der Fehler der von ihm zugezogenen Person zur Last legen; aliquatenus, kann man mit der frei-

⁹⁰⁾ Für ersteres l. 137 §. 4 de V. O. (45. 1) i. f. . . ne incipiat dici eum quoque dare non posse, qui alienum servum, quem dominus non vendat, dare promiserit; für letzteres l. 71 §. 3 de leg. I. (30), welche den Fall behandelt, wenn eine fremde Sache legirt ist, die der Eigenthümer überall nicht oder nur zu einem unverhältnissmässig hohen Preise verkaufen will.

⁹¹⁾ l. 33 de leg. I. (30).

⁹²⁾ An dieser von mir in meinen Jahrbüchern IV. S. 84, 85 aufgestellten Ansicht halte ich fortdauernd fest.

lich von einem andern Fall sprechenden l. 5 §. 6 de O. et A. (44. 7) sagen, *culpa reus est, quod opera malorum hominum uteretur*⁹³⁾!

Ich will nicht läugnen, dass die im Bisherigen versuchte Zurückführung der Haftung auf den Gesichtspunkt der Verschuldung etwas Gezwungenes hat. Während die Schuldfrage sonst eine Frage des individuellen Falls ist, erscheint sie hier als Gegenstand eines Rechtsatzes, der Feststellung in abstracto. Ob dies zu billigen sei oder nicht, darauf kommt es mir hier nicht an, sondern lediglich darauf, die Thatsache selber zu constatiren, und zu dem Zweck möge es mir noch verstattet sein, ein Beispiel anzuführen, an dem der Gegensatz der individualisirenden und der abstracten Handhabung des Schuldbegriffs aufs klarste hervortritt. Sicherlich lässt es sich nicht schlechthin als culpa bezeichnen, wenn der Schuldner sich durch seine eigne Handlung ausser Stand gesetzt sieht, die Sache zu leisten, und die l. 1 §. 32, 47 Dep. (16. 3) erkennt dies an, indem sie den Depositar, welcher die Sache an den Unrechten abgeliefert, oder den Erben desselben, der sie in Unkenntniss des Depositums verkauft hat, nur unter der Voraussetzung zum Ersatz verpflichtet, dass sie dabei in Schuld waren. Die l. 91 §. 1, 2 de V. O. (45. 1) dagegen, welche eine schlechthin auf Sachleistung gerichtete Obligation vor Augen hat, beurtheilt den Fall in ganz anderer Weise. Ihr zufolge soll nämlich der Schuldner schlechthin für jede Handlung verantwortlich sein, durch welche er sich die Erfüllung der Verbindlichkeit unmöglich macht, ja selbst dann, wenn er „*nesciens se debere, servum occiderit*“ oder „*cum nesciret a se petitum codicillis, ut restitueret, eum manumiserit*“, und diese Haftung wird von dem Juristen unter den Gesichtspunkt der culpa gebracht („*culpa in hunc modum dijudicatur*“). Von einer wirklichen d. h. concreten culpa ist hier keine Spur zu entdecken, im Gegentheil die Schuldlosigkeit liegt auf flacher Hand.

⁹³⁾ l. 61 §. 5 de furt. (47. 2) Nam certe mandantis culpam esse, qui talem servum emi sibi mandaverit, et similiter ejus qui deponat, quod non fuerit diligentior circa monendum, qualem servum deponeret. S. auch l. 7 §. 4 Nautae (4. 9) . . culpa suae, qui tales adhibuit.

Was veranlasste nun die römischen Juristen dazu, den Gesichtspunkt der Schuld in dieser ihn fast bis zur Unkenntlichkeit entstellenden Weise zur Anwendung zu bringen? Ich kann keinen andern Grund entdecken, als die ihnen von mir unterstellte Idee, dass bei nicht zu beschaffender Leistung die Verschuldung die Voraussetzung der vollen Haftung sei. Wo es zur Annahme dieser Verschuldung an jedem Haltpunkt gebricht, d. h. wo nicht Handlungen des Schuldners selber oder von ihm zu vertretender dritter Personen die Leistung unmöglich gemacht haben, kann es, soweit nicht völlige Befreiung eintritt, zu andern Prästationen kommen⁹⁴⁾, nie aber zur Leistung des Schadensersatzes oder des Interesses.

Abgesehen von den drei bisher erörterten Fällen der abstracten Bestimmung der Schuld beantworten die römischen Juristen die Schuldfrage stets rein concret und individuell. Nicht also die Handlung oder Unterlassung als solche verpflichtet den Schuldner zum Ersatz des dem Gläubiger daraus erwachsenen Schadens, sondern lediglich der Umstand, dass sie ihm nach Massgabe der für das betreffende Contractsverhältniss geltenden Grundsätze über den Grad der culpa zur Last gelegt werden kann. Nicht einmal der Verlust der Sache durch Entwendung macht ihn schlechthin verantwortlich; es steht ihm frei, die Präsomtion seiner Schuld, die hier allerdings begründet ist, durch Gegenbeweis zu entkräften⁹⁵⁾. Ebenso wenig der Umstand, dass der Verlust sich denkbarerweise durch ganz besondere Vorsichtsmassregeln hätte abwenden lassen; Vorsichtsmassregeln, an die Niemand denkt, weil sie in keinem Verhältniss zur Gefahr stehen oder sich der Kosten nicht lohnen, hat auch der Schuldner

⁹⁴⁾ Leistung des Sachwerthes (Note 90, 91), das *lucrum ex re*, s. z. B. l. 1 §. 47, l. 2 Dep. (16. 3) l. 13 §. 17 de act. emt. (19. 1) l. 15 §. 1 de R. V. (6. 1), bei zweiseitigen Verträgen das totale oder partielle Schwindenlassen der Gegenforderung, bez. die Rückgabe des Erhaltenen, s. z. B. für den Kauf l. 33 Loc. (19. 2) für die Miethel. 15 §. 7, 9, l. 19 §. 1, l. 33 ibid. In den letzten Stellen tritt der Gegensatz zwischen verschuldeter und unverschuldeter Nichtprästation des „*frui licere*“ wiederum ganz klar hervor, dort leistet der Vermiether das Interesse, hier verliert er den Anspruch auf Miethzins.

⁹⁵⁾ Hasse, Die Culpa des römischen Rechts, Kap. 10.

nicht nöthig zu treffen ⁹⁶⁾. Alles, was geschieht, ohne dass man ihm eine Vernachlässigung der ihm obliegenden Sorgfalt vorwerfen kann, ist casus, der casus aber trifft den Gläubiger, nicht den Schuldner. Nur die Wirkung kann auch ein solches Ereigniss haben, dass es ihn seiner Gegenforderung beraubt ⁹⁷⁾.

3. Die in rem actiones.

Für die meisten derselben bedarf unser Grundsatz: „ohne Schuld kein Schadensersatz“ nicht erst des Nachweises. Es ist bekannt, dass der bonae fidei possessor bei der reivindicatio dem Kläger nur insoweit haftet, als er die Sache selber oder ihre Früchte noch besitzt. Hat er die Sache veräußert, consumirt, vernichtet, verschlechtert, so ist dadurch der Eigenthümer allerdings in Schaden gekommen, allein welche Schuld trifft den Beklagten, dass er das Recht des Klägers nicht kannte? Seine Haftung beginnt erst mit dem Moment, wo der Kläger dasselbe gegen ihn geltend macht, und auch von jetzt an erstreckt sie sich nicht weiter als seine Schuld, d. h. für den casus braucht er nicht einzustehen ⁹⁸⁾. Der malae fidei possessor dagegen, welcher um das Recht des Klägers wusste, ist eben darum in Schuld und für alle seine Handlungen von Anfang bis zu Ende seines Besitzes verantwortlich; gegen ihn übt die reivindicatio die Function einer Pönalklage aus. Ganz derselbe Grundsatz gilt für die hereditatis petitio und für alle der reivindicatio nachgebildeten Klagen: die act. Publiciana, hypothecaria und die in rem actio utilis des Emphyteuta und Superficiars.

Nur für die act. confessoria und negatoria wird vielfach das Gegentheil behauptet, indem man dieselben schlechthin d. h. ohne Unterschied, ob sie gegen den Schuldigen oder Unschuldigen, gegen den Thäter oder den Nachfolger im Besitz angestellt werden, mit

⁹⁶⁾ Ein bekanntes Beispiel der römischen Juristen ist die Flucht der servi custodiri non soliti im Gegensatz der custodiri soliti, s. z. B. l. 18 pr. Commod (13. 6) l. 23 de R. J. (50. 17).

⁹⁷⁾ So z. B. l. 19 §. 1 l. 33 Loc. (19. 2).

⁹⁸⁾ l. 40 pr. de her. pet. (5. 3) l. 27 §. 1, 4 l. 33 l. 36 §. 1 l. 58 de R. V. (6. 1).

der Function des Schadensersatzes ausstattet. Ich habe mich darüber oben (S. 26) schon ausgesprochen. Dass der Erfolg beider Klagen für den Beklagten höchst empfindliche Nachtheile herbeiführen kann, ist unbestreitbar, aber bei der *reivindicatio* ist dies nicht anders; in beiden Fällen beschränkt er sich auf Herstellung des dem klägerischen Recht entsprechenden Zustandes. Ob aber selbst diese Consequenz beider Klagen nicht durch Einrichtungen des römischen Processes, insbesondere das Princip der Geldcondemnation und den gegen den Berechtigten für gewisse Fälle verhängten indirecten Zwang zur rechtzeitigen Erhebung eines Protestes (*operis novi nunciatio*) wesentlich gemildert worden ist, bleibe hier dahingestellt.

V.

II. Der Massstab der Schuld.

Der Culminationspunkt der Theorie der römischen Juristen von der Verschuldung ist die Lehre von dem *dolus* und der *culpa*; die *mora* und *mala fides* treten dagegen völlig in den Hintergrund, — nicht, weil sie mit geringerem Geschick behandelt worden wären, sondern weil sie weniger ausgiebig waren. Denn während sie sich auf eine bestimmte Richtung des subjectiven Unrechts beschränken und einer innern Gliederung und Abstufung nicht weiter fähig sind, ist der allgemeine Begriff der contractlichen Verschuldung, den uns jene beiden Begriffe in seinen beiden Hauptzweigen vergegenwärtigen, von ebenso allumfassender Anwendbarkeit wie er in sich reich gegliedert und gestaltungsfähig ist.

Der eine Zweig desselben ist der *dolus*, die wissentliche Verletzung der contractlichen Verbindlichkeiten. Das Wissen kennt keine Grade, darum auch der *dolus* nicht. Fehlt es am Wissen, so ist der *dolus* ausgeschlossen, auch wenn der Irrthum ein unverzeihlicher war⁹⁹⁾. Aber mit feiner Würdigung des moralischen Gesichtspunktes erklären

⁹⁹⁾ l. 2 §. 20 Vi bon. (47. 8) l. 25 §. 6 de H. P. (5. 3) l. 36 §. 1, l. 47 pr. de usuc. (41. 3) §. 2 l. Vi bon. (4. 2). Der Satz ist nicht so selbstverständlich, als es scheint; bei einer starren Anwendung der Regel über den Rechtsirrtum hätte man auch zu einem entgegengesetzten Resultat kommen können; s. dagegen l. 25 §. 6 cit.

die römischen Juristen in Verhältnissen, wo der *dolus infamirt*, sich gegen die Annahme desselben, wenn ein menschlich edles oder verzeihliches Gefühl den Verpflichteten zur Pflichtverletzung veranlasst hat — eine Bestimmung die lediglich durch den Gesichtspunkt der Infamie veranlasst ist, der vermögensrechtlichen Haftung aber keinen Eintrag thut, und die sich auch beim aussercontractlichen *dolus* wiederholt ¹⁰⁰⁾.

Die Möglichkeit einer Pflichtverletzung reicht nicht weiter als die Pflicht selber. Da nun der Pflichtenkreis in dem einen Verhältniss sich weiter erstreckt als in dem andern, so ergibt sich daraus, dass eine Handlung, die in dem einen Verhältniss eine völlig erlaubte ist, in dem andern eine *dolose* sein kann. Dass Käufer und Verkäufer bei Abschluss des Handels sich lediglich durch ihr eigenes Interesse leiten lassen, auch wenn sie wissen, dass der Vertrag dem andern Theil nachtheilig ist, ist ganz in der Ordnung ¹⁰¹⁾; keiner von ihnen braucht den Vormund des Andern zu spielen, jeder sorgt hier für sich selber und darf dasselbe vom Gegner voraussetzen. Aber ein Mandatar oder Vormund, kurz alle Geschäftsführer, die ein Gleiches thun, veründigen sich gegen die Natur des Verhältnisses, denn der Zweck desselben besteht gerade darin, das sie das Interesse des Geschäftsherrn wahren sollen; sie also begehen damit einen *dolus* ¹⁰²⁾.

Die Haftung aus dem *dolus* ist eine absolute d. h. kein Umstand kann sie ausschliessen oder paralysiren, weder ein vorheriger Ver-

¹⁰⁰⁾ Zu diesen Motiven gehört 1. das Mitleiden, z. B. es lässt Jemand den zur Folter bestimmten Sklaven entinnen, l. 7 pr. Dep. (16. 3); beim aussercontractlichen *dolus* wird hier statt der infamirenden *act. de dolo* eine *act. in factum* gegeben, l. 7 §. 7 de dolo (4. 3) s. auch l. 14 §. 2 de cust. reor. (48. 3), oder es verheimlicht Jemand bei sich den flüchtigen Sklaven, l. 5 pr. de serv. corr. (11. 3). 2. Die Rücksicht auf nahe stehende Personen l. 11 §. 3 quod falso tut. (27. 6). 3. Die Angst, l. 16 §. 1 de lib. causa (40. 12).

¹⁰¹⁾ l. 16 §. 4 de minor (4. 4) In pretio emtionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire. l. 22 §. 13 Loc. (19. 2).

¹⁰²⁾ Sie werden sogar als *praedones* bezeichnet, l. 6 §. 3 de neg. gest. (3. 5) l. 3 §. 15 de susp. tut. (26. 10). Die weitere Ausführung des obigen Gesichtspunktes habe ich im Archiv für pract. Rechtswiss. N. F. B. V. S. 24 gegeben.

trag — er ist nichtig ¹⁰³⁾ — noch auch Gedankenlosigkeit des Gegners ¹⁰⁴⁾ — auch die Dummen sollen keine Beute der Schlechten sein — es gibt keinen Freibrief auf Schlechtigkeiten.

Das Wesen des *dolus*, wie er von der römischen Jurisprudenz erfasst und durchgeführt worden ist, beruht auf der Betonung seiner streng absoluten, unbeugsamen Natur, das Wesen der *culpa* umgekehrt auf ihrer Relativität, auf der Elasticität, mit der sie sich den verschiedensten Verhältnissen anzuschmiegen versteht, und ihrer dadurch bedingten inneren Gliederung und Nüancirung. Es würde müssig sein, die bekannten Gegensätze der *culpa in faciendo* und *non faciendo*, des abstracten und concreten Massstabes der *culpa*, der *culpa lata* und *levis* hier zu erklären, sie gehören zum täglichen Brod des Juristen. Aber vielleicht nicht jeder Jurist hat sich Rechenschaft darüber gegeben, mit wie feinem Verständniss für die Eigenartigkeit der einzelnen Contractsverhältnisse die drei Hauptmassstäbe der *culpa*: die *culpa lata*, *levis* und *diligentia quam in suis* bei ihnen zur Anwendung gebracht worden sind. Es ist in meinen Augen einer der glücklichsten Gedanken der römischen Juristen, wenn sie das Interesse des Vertrages für die Contrahirenden zum leitenden Gesichtspunkt machen, und ich halte es für verkehrt, wenn manche Rechtslehrer das Princip der Præstation der *culpa levis* zum Ausgangspunkt wählen. Ob schliesslich durch die demselben hinzugefügten Modificationen dasselbe Resultat sich ergibt, als wenn man den Ausgangspunkt der römischen Juristen wählt, mag praktisch nichts verschlagen, aber wissenschaftlich beraubt man sich dadurch meiner Ueberzeugung nach des wahren Verständnisses der römischen Theorie, denn dasselbe ist nur von dem Punkt aus zu gewinnen, von dem sie selber ausgegangen ist. Dieser Punkt aber ist der Gedanke, dass wer gewinnt oder gewinnen will, sich auch zusammennehmen soll. Der Geschäftsfuss bedingt auch die Achtsamkeit des Geschäftsmannes („*diligens paterfamilias*“). Bei allen onerosen Verträgen haften

¹⁰³⁾ l. 33 de R. J. (50. 17) . . non valere, si convenerit, ne *dolus* praestetur. l. 1 §. 7 Dep. (16. 3) . . nam haec conventio contra bonam fidem contraque bonos mores est.

¹⁰⁴⁾ Den Beweis dieses nicht immer beachteten Satzes s. in meiner, Note 102 citirten Abh. S. 54 ff.

daher beide Theile für culpa levis, und nur bei denjenigen von ihnen, welche ein gewisses näheres persönliches Verhältniss begründen oder voraussetzen, wie bei der Societät und der Dos, ermässigt sich die culpa levis zur diligentia quam in suis rebus. Bei Gefälligkeitsverhältnissen dagegen ist es ebenso natürlich, dass der, welcher die Gefälligkeit erhält, welcher also gewinnt, für culpa levis, als dass der, welcher sie erweist, welcher also opfert, blos für culpa lata eintrete. Wenn die römischen Juristen diese Regel nicht ausnahmslos durchführen, sondern sie zu Gunsten anderer Rücksichten modificiren, und wenn das Gesamtfachwerk der sich gegenseitig kreuzenden und beschränkenden Regeln einen etwas complicirten Eindruck macht, so ist das eben nur ein Beweis dafür, wie hoch sie ihre Aufgabe gegriffen, und wie wenig sie geglaubt haben mit einer einzigen kahlen Formel der Mannigfaltigkeit der Verhältnisse gerecht werden zu können. In der Gestalt, die sie dieser Lehre gegeben haben, schmiegt sie sich den verschiedenen Verhältnissen aufs engste an; jedes findet darin die volle Berücksichtigung seines eigenthümlichen Zweckes und Charakters, ohne dass doch die principmässige Gestaltung und Gliederung des Ganzen darunter gelitten hätte.

VI.

III. Das Gleichgewicht zwischen Verschuldung und Vergeltung.

Rücksichtlich der durch das alte Civilrecht und den Process einmal eingeführten Strafen waren der klassischen Jurisprudenz die Hände gebunden. Worin sie dagegen freie Hand hatte, war die Bestimmung des Interesses. Denn die Ausdrücke der Formeln: quidquid ob eam rem dare facere oportet, quanti ea res est u. s. w. waren so unbestimmt, dass sie der näheren Erläuterung und Feststellung von Seiten der Jurisprudenz mehr bedürftig als hinderlich waren. Zu den vielen reichhaltigen und schwierigen Materien, an denen uns unser bisheriger Weg vorbeigeführt hat, gesellt sich in der Lehre vom Interesse eine neue und vielleicht die schwierigste von allen hinzu. Wenn irgend eine, so befindet sie sich im Zeitalter der klassischen Jurisprudenz noch im vollen Fluss, in einem Stadium der Bildung, wo die leitenden Gedanken noch nicht die bewusste Form einfacher, fester Regeln

angenommen haben, wie bei der Lehre, die wir so eben verliessen, sondern nur als bestimmende Anschauungen in der Entscheidung einzelner Fälle wahrnehmbar werden. Die Abstrahirung derselben aus dieser Form ist der modernen Jurisprudenz zugefallen; dass die Aufgabe bereits gelöst sei, möchte ich bezweifeln. Wäre es der Fall, so hätte einer der Grundgedanken, welche die römische Jurisprudenz beseelten, nicht so gänzlich übersehen werden können, wie es derjenige ist, den wir im Folgenden kurz andeuten wollen: das Gleichgewicht zwischen Schuld und Schadensersatz.

Es ist ein sehr scheinbarer Gedanke: wenn Schuld und Schaden bewiesen sind, versteht sich die Verpflichtung zum vollen Schadensersatz von selbst, oder anders ausgedrückt: es genügt für letzteren der blosse Causalnexus. Aber jener Schluss ist ein Trugschluss, und zwar ein höchst gefährlicher. Soll der Mandatar haften, wenn er es versäumt hat, einen Brief, von dessen rechtzeitiger Abgabe für den Absender tausende von Thalern abhängen, zu bestellen? Der Causalnexus lässt sich hier möglicherweise mit der grössten Evidenz herstellen. Aber wer wird noch contrahiren wollen, wenn er eine kleine Vergesslichkeit mit seinem ganzen Vermögen bezahlen soll?

Hören wir die römischen Juristen über die Frage. Der Anspruch des Käufers gegen den Verkäufer auf Evictionsleistung umfasst insbesondere auch den Ersatz der von ihm auf die Sache gemachten Auslagen, insoweit er denselben nicht vom Evincenten hätte verlangen können. In der Regel werden sich dieselben innerhalb mässiger Grenzen halten, aber denkbar ist es, dass sie dieselben ausnahmsweise weit überschreiten, z. B. das Zehnfache des Kaufpreises erreichen ¹⁰⁵⁾. Soll der Verkäufer hier vollen Ersatz leisten? *Iniquum videtur*, sagt Paulus in der l. 43 de act. emt. (Note 105), in magnam quantitatem obligari venditorem, cum non sit cogitatum ab eo de tanta summa, und in der l. 44 fügt Afrikan hinzu: cum forte mediocrium facultatum sit et non ultra duplum periculum subire eum oportet. Nur

¹⁰⁵⁾ Die l. 43 i. f. de act. emt. (19. 1) nennt als Beispiel einen Sklaven, der (etwa als Kind) für einen sehr geringen Preis gekauft war, und den der Käufer für schwere Kosten zu einem Künstler hat ausbilden lassen.

wenn er wissentlich eine fremden Sache verkauft hat, soll er für den ganzen Betrag haften ¹⁰⁶), denn hier war er in dolo ¹⁰⁷). Wenn irgend einer, sollte man sagen, für den ganzen Schaden haften müsste, so wäre es derjenige, welcher durch die cautio damni infecti sich ausdrücklich dazu anheischig gemacht hat. Und doch entscheiden die römischen Juristen anders! Befinden sich kostbare Fresken auf der Wand meines Nachbarn, die in Folge einer von mir getroffenen oder unterlassenen Vorrichtung einstürzt, so hafte ich nur für die das übliche Mass nicht überschreitenden Kosten einer gewöhnlichen Wandbekleidung ¹⁰⁸), obschon es sich doch hier nicht um einen s. g. mittelbaren, sondern um einen unmittelbaren Schaden handelt!

Nicht also die Schuld und der Schaden allein genügen, sondern es kommt auch auf das Mass des Schadens an („moderatam aestimationem faciendam — modus servandus“). Aber nicht schlechthin, so dass auch derjenige, der wissentlich und absichtlich den Gegner in Schaden brachte, der Leistung des vollen Schadensersatzes sich entziehen könnte, er hat ja gewusst und gewollt, was er that, sondern das Mass der Schuld bestimmt das der Haftbarkeit: der dolus verpflichtet schlechthin zum ganzen Schadensersatz, die culpa nur innerhalb gewisser Gränzen ¹⁰⁹).

Diese Gränzen genau zu bestimmen, hiesse eine dogmatische Abhandlung schreiben. Für den vorliegenden Zweck, wo es le-

¹⁰⁶) l. 45 §. 1 i. f. ibid. In omnibus tamen his casibus si sciens quis alienum vendiderit, omnimodo teneri debet.

¹⁰⁷) l. 13 pr. §. 1 ibid. si sciens . . l. 22 de V. O. (45. 1) et emptorem de cepit . .

¹⁰⁸) So schon Proculus und Capito in l. 13 §. 1 de S. P. U. (8. 2) non pluris quam vulgaria tectoria aestimari debent. Ebenso Ulpian in l. 40 pr. Dam. inf. (39. 2) von demselben Fall . . non oportet infinitam vel immoderatam aestimationem fieri . . . moderatam aestimationem faciendam, quia honestus modus servandus est, non immoderata cujusque luxuria subsequenda.

¹⁰⁹) Justinian hat in seiner l. un. Cod. de sent. quae pro eo (7. 47) dafür das duplum festgesetzt, (s. l. 44 de act. emt. cit.). Um anzunehmen, dass diese Gränze auch für den dolus gelten solle, wie dies Manche thun, muss man — von der schreienden Willkühr und Unnatur einer solchen Bestimmung ganz zu schweigen — übersehen, dass derselbe Justinian, der im Jahre 531 jenes Gesetz erliess, wenige Jahre später alle die Aeusserungen der römischen Juristen aufnehmen liess, welche den Unterschied des dolus und der culpa so bestimmt betonen (Note 106, 107, 110).

diglich darauf ankommt, die Ideen namhaft zu machen, durch welche sich die römischen Juristen bei unserer Lehre haben leiten lassen, genügt es, als eine dieser Ideen die des Gleichgewichts zwischen Schuld und Strafe als bestimmenden Gesichtspunkt der Lehre vom Interesse zu constatiren. Wie glänzend hebt sich diese Idee ab von jener, ich kann nicht anders sagen, rohen Ansicht, welche mit dem blossen Gesichtspunkt des Causalnexus die Sache zu erledigen glaubt. Freilich ist sie nirgends in dieser bewussten Weise von irgend einem römischen Juristen ausgesprochen — ich erinnere an das, was ich oben über den unfertigen Zustand unserer Lehre gesagt habe — aber wer das einschlagende Quellenmaterial einer aufmerksamen Durchsicht unterziehen will, wird sich überzeugen, dass jener Gedanke den unsichtbaren Mittelpunkt bildet, den die römische Jurisprudenz in immer engeren Kreisen umschreibt. Anders haftet, wer wissentlich, als wer unwissentlich eine fremde Sache verkauft, eine schadhafte vermietet, verpfändet, commodirt hat, für den daraus hervorgegangenen Schaden ¹¹⁰⁾, obschon doch der Causalnexus in beiden Fällen völlig derselbe ist. Das juramentum in litem ist nur am Platz, wenn dem Gegner dolus oder contumacia, nicht, wenn ihm blosse culpa zur Last gelegt werden kann ¹¹¹⁾. Der Beklagte bei der reivindicatio, ohne Unterschied, ob bonae fidei oder malae fidei possessor, hat den casus zu tragen; so lehrte noch Proculus, ohne an der Unbilligkeit des Satzes für den b. f. possessor Anstoss zu nehmen ¹¹²⁾. Schon ein Zeitgenosse von ihm erhob dagegen Widerspruch, dem sich später die herrschende Ansicht dahin anschloss, dass der Besitzer (wie es scheint, sowohl der malae als bonae fidei possessor) nur für dolus und culpa einzustehen habe, worin wiederum Ulpian eine bedenkliche Ausschreitung nach der andern Seite fand, welcher er durch eine Einschränkung

¹¹⁰⁾ l. 61 §. 1, 3—6 de furt. (47. 2) l. 17 §. 3 i. f. l. 18 §. 3, l. 22 Com. (13. 6) l. 19 §. 1 Loc. (19. 2) l. 13 pr. §. 1, 2 de act. emt. (19. 1) l. 21 §. 2 Rer. am. (25. 2).

¹¹¹⁾ l. 1 §. 2 de in lit. jur. (12. 3) . . dolus aut contumacia, l. 4 §. 4 ibid. ex culpa autem non esse iusjurandum deferendum.

¹¹²⁾ l. 40 pr. de her. pet. (5. 3) . . iustum esse Proculo placet.

glaubte begegnen zu müssen ¹¹³⁾, bis endlich Paulus das Richtige traf, indem er den m. f. p. für casus, den b. f. p. nur für dolus und culpa verantwortlich machte ¹¹⁴⁾.

Eine ähnliche Opposition erhob sich gegen die alte strenge Regel, dass die mora schlechthin den casus auf den Schuldner wälze. Gerecht für den Fall, dass die Sache ohne die mora nicht untergegangen wäre, erschien sie unbillig für den entgegengesetzten, wo ja auch bei rechtzeitiger Leistung den Gläubiger der Schaden getroffen haben würde ¹¹⁵⁾. Ob man auch den, der durch Delict in mora war, an dieser Begünstigung participiren lassen sollte, darüber gab es, wie es scheint, eine strengere und eine mildere Ansicht ¹¹⁶⁾; in Bezug auf den Zeitpunkt der Schätzung behandelte man ihn ungünstiger als den Contractsschuldner ¹¹⁷⁾.

VII.

Das Absterben der Strafen.

Wir überspringen wiederum einige Jahrhunderte und versetzen uns in die Zeit von Justinian. Lohnt es sich der Mühe, noch einmal einen Vergleich anzustellen? Für die Frage, die uns zuletzt beschäftigt hat, allerdings nicht; das gedankenarme Zeitalter der späteren Kaiser hat den Ideen der römischen Jurisprudenz nichts hinzuzufügen vermocht. Aber in einer andern Richtung ist eine Aenderung eingetreten, die alle Beachtung verdient.

Wer den Process der justinianeischen Zeit mit dem der klassischen Zeit aufmerksam vergleicht, wird sich der Beobachtung der Thatsache nicht entziehen können, dass die Processstrafen, welche in letzterem eine so grosse Rolle spielten, in jenem fast gänzlich verschwunden sind. Keine sponsio poenalis, keine restipulatio bei den Interdicten, keine fructus licitatio, keine sponsio tertiae und dimidia partis bei

¹¹³⁾ l. 15 §. 3 de R. V. (6. 1).

¹¹⁴⁾ l. 40 pr. de her. pet. (5. 3) l. 16 de R. V. (6. 1).

¹¹⁵⁾ Wie man diese Modification wiederum durch den Einwand, dass der Gläubiger verkauft haben würde oder hätte verkaufen können, beschränkte, hat hier kein Interesse.

¹¹⁶⁾ Man vergleiche z. B. die Art, wie Julian in l. 1 §. 34 de vi (43. 16), mit der, wie Ulpian in l. 14 §. 11 i. f. quod met. (4. 2) sich äussert.

¹¹⁷⁾ F. Mommsen, Die Lehre von der Mora. S. 210.

der *condictio certi* und *actio de pecunia constituta*, kein *judicium contrarium* (S. 14) kein *judicium calumniae* (S. 16), selbst die Strafen der *plus petitio*, wenn auch nicht völlig verschwunden, so doch wesentlich gemildert (s. u.). Wer fühlt nicht, dass wir es hier nicht mit vereinzeltten Erscheinungen, sondern mit einem und demselben in ihnen allen gleichmässig sich vollziehenden Gedanken zu thun haben?

Aber vielleicht ist es zu viel gesagt, wenn wir von einem Gedanken sprechen, vielleicht müssen wir den Grund vielmehr darin erblicken, dass der Zusammensturz des alten Formularprocesses auch jene Einrichtungen unter seine Trümmern begraben hat. Allein, was hätte gehindert, jene Strafen, wenn man sie sonst noch für angemessen hielt, in veränderter Form in den neuern Process hinüberzunehmen? Aber jene Strafen hatten sich bereits überlebt, und wenn wirklich ihr Untergang sich an den des Formularprocesses geknüpft haben sollte, worüber wir nichts Sicheres wissen, so war dies nur die Gelegenheitsursache, nicht der Grund ihres Endes — eine äussere Erschütterung, welche nur die reife Frucht zum Fallen brachte, der lebensfähigen aber nichts geschadet hätte. In *desuetudinem abiit*, sagt Justinian in dem Titel der Institutionen *de poena temere litigantium* (IV. 16 §. 1) von der *actio calumniae*, *quae in partem decimam litis actores multabat, quod nunquam factum esse invenimus*, d. h. sie ist nicht durch einen äusseren Akt der Gesetzgebung beseitigt worden, sondern an ihrer eigenen Lebensunfähigkeit zu Grunde gegangen, sie erlag dem Urtheil der Zeit.

Und was hatte die Zeit an jenen Strafen auszusetzen? Die meisten derselben trafen in gleicher Weise den Schuldigen wie den Unschuldigen — eine Härte, über deren langes Bestehen man eher Ursache hat sich zu wundern, als über ihre endliche Beseitigung. Derselbe Umschwung in der Rechtsanschauung, welcher die *act. furti concepti* beseitigte (Note 73a) und für den Diebstahl das Princip zur Geltung brachte: *quod omnes qui scientes . . . celaverint, obnoxii sunt*, musste auch bei ihnen die gleiche Frucht tragen. Man höre, wie Zeno in der l. 1 Cod. de *plus pet.* (3. 10) sich über die Strafen der *plus petitio* äussert: *tunc vero is qui plus petit damnificetur, quando manifeste convictus fuerit per avaritiam delinquere*. Eine Zeit, die

sich zum bewussten Ausdruck dieses Gedankens erhoben hatte, und die ihn bei einer Einrichtung, welche wie kaum eine andere ihm widerstrebt, zur Verwirklichung brachte, konnte ihn unmöglich in seinen sonstigen Anwendungen fernerhin bestehen lassen. So erlag denn alles, was noch aus alter Zeit von jenen harten und schroffen Einrichtungen in die neuere hinübergekommen war, und was die römischen Juristen, gehemmt durch die Sprödigkeit und eiserne Festigkeit der römischen Processformen, hatten stehen lassen müssen, der unwiderstehlichen Gewalt des Zeitgeistes; die römische Rechtsgeschichte schliesst ab mit der siegreichen Durchführung jenes Gedankens, dessen erste Erfassung und weitmöglichste Verwirklichung stets als eins der glänzendsten Verdienste der römischen Jurisprudenz gefeiert werden wird, des Gedankens: keine Strafe ohne Schuld.

Aber nicht dieser Gedanke allein ist es, dem die Strafe im spätern Recht erliegt. Die *actio calumniae* hatte die Schuld zur Voraussetzung und doch verschwand auch sie; was war es, woran man bei ihr Anstoss nahm?

Der Versuch, darauf die Antwort zu finden, enthüllt uns eine neue Seite unserer Aufgabe, ein Stück Entwicklungsgeschichte des römischen Rechts, das uns auf der einen Seite in die Zeit der klassischen Jurisprudenz zurück-, auf der andern über das justinianeische Recht weit hinausführt in die moderne Zeit. Die Geschichte des römischen Privatrechts innerhalb dieses weiten Rahmens vergegenwärtigt uns eine fortgesetzte Abnahme des Gedankens der Strafe. Was ist uns heutzutage geblieben von den Privatstrafen der Römer? Zwar in den Lehrbüchern figuriren sie noch, als ob nichts geschehen wäre, ganz so wie sie im *corpus juris* stehen. Die Strafe des Doppelten und Vierfachen für Diebstahl und Unterschlagung, des Dreifachen für Raub, die Strafen des Doppelten für das Lügen, die Infamie für die *act. depositi*, *pro socio* u. s. w., und wie sie sonst alle heissen mögen. Aber es sind Lehrbücherexistenzen, die sich nicht auf die Strasse und den Markt des Lebens hinaus wagen, Scheinexistenzen, wie das Recht aller Zeiten sie aufzuweisen hat, und von denen der Ausspruch Ju-

stinians ¹¹⁸⁾ über eine ähnliche aus seiner Zeit, das *dominium ex jure quiritium*, gilt: *nec umquam videtur nec parin rebus appet, sed vacuum est et superfluum verbum, per quod animi juvenum, qui ad primam legum veniunt audientiam, perterriti ex primis eorum cunabulis inutiles legis antiquae dispositiones accipiunt.* Und warum wagen sie sich nicht mehr hinaus ins Leben? Etwa weil ihr Platz inzwischen durch die öffentlichen Strafen besetzt ist? Aber dies gilt nur für einige von ihnen, und die Erfahrung des spätern römischen Rechts lehrt, dass sie sich beide sehr wohl neben einander vertrugen; warum denn jetzt nicht mehr? Jene Erklärung bedarf selbst wieder der Erklärung. Fassen wir nur die Thatsache selber in Worte, so ist der wahre Grund damit schon so gut wie angegeben. Die Thatsache aber ist, dass auf dem Gebiete des Civilrechts die Idee der Strafe der des Schadensersatzes erlegen ist. Diese einfache Thatsache erschliesst uns das Verständniss einer Entwicklung von mehreren Jahrtausenden. Die Strafe ist der Ausdruck des gereizten Rechtsgefühls (S. 9). Sich nicht begnügend mit der einfachen Ausgleichung des Unrechts, bezweckt sie Uebles mit Ueblem zu vergelten, dient sie mehr der Rache sucht des Subjects, als der Idee des Rechts. Darum ist sie eine unvollkommene pathologische Form der Bekämpfung des civilrechtlichen Unrechts; berechtigt zu Zeiten, wo es der Affect im Recht ist (S. 19) verliert sie in demselben Masse an Berechtigung und Lebensfähigkeit, wie die Idee der leidenschaftslosen Handhabung des Rechts an Boden gewinnt — die volle Verwirklichung der letzteren Idee ist die vollständige Hinüberleitung der Strafe in die Form des Schadensersatzes. Denn erst im Schadensersatz streift die Civiljustiz das Zufällige und Willkührliche, das sie in der Strafe noch an sich trägt, von sich und erhebt sich zur einfachen Negation des subjectiven Unrechts oder richtiger seiner vermögensrechtlichen Folgen. Die Privatstrafe ist durch und durch positiv, denn sie trägt ihr Mass nicht in sich selbst, sondern empfängt es von wandelbaren historischen Thatsachen: der wechselnden Empfindlichkeit des Rechtsgefühls, der schwankenden

¹¹⁸⁾ l. un. Cod. de nudo jure Quir. (7. 25).

Schätzung der verletzten Güter u. a. m., aber der Schadensersatz als einfache Negation des Unrechts findet im letzterem wie seinen Grund, so auch sein Mass und Ziel, wenigstens die Maximalgränze, hinter der er zwar zurückbleiben mag (S. 56), die er aber nie überschreitet. Eben darin, dass er alles Persönliche, was an Strafe erinnert, fallen lässt und sich rein auf den vermögensrechtlichen Zweck beschränkt, die Natur einer gewöhnlichen reipersecutorischen Klage annimmt, liegt sein Anrecht begründet, auch rücksichtlich des Ueberganges auf die Erben mit den letzteren auf eine Linie gestellt zu werden. Erst wenn diese Anforderung erfüllt ist, lässt sich sagen, dass die Idee des Schadensersatzes in ihrer vollen Wahrheit begriffen und realisirt ist.

Treten wir nunmehr mit diesem Massstab an die Geschichte heran, so vergegenwärtigt uns erst das heutige römische Recht die vollständige Verwirklichung der Aufgabe. Aber nicht das schliessliche Resultat ist das vorzugsweise Interessante, sondern die Art, wie es gewonnen, die Richtung einer über zwei Jahrtausende sich ausdehnenden Bewegung und Entwicklung auf ein und dasselbe Ziel, die Beharrlichkeit, mit der ein und derselbe Gedanke langsam und sicher seinen Weg fortsetzt, bis er endlich am Ziel anlangt. Folgen wir ihm auf diesem seinem Wege, und zwar zunächst, um uns zu überzeugen, wie nach und nach das Schadensersatzprincip über das Strafprincip die Oberhand gewinnt.

Der Zug der neuern römischen Rechtsentwicklung kehrt sich entschieden von der Strafe ab. Wenn neben den vielen Beweisen dafür auch einzelne Spuren des Gegentheils, ich möchte sagen: Fälle eines Rückfalls in das Strafprincip vorkommen, wie z. B. das Decretum Divi Marci, so können diese vereinzeltten Erscheinungen uns an der obigen Thatsache nicht irre machen; die Fluth bestimmt sich nicht nach den einzelnen Wellen, sondern nach dem Vorrücken der See im Ganzen und Grossen.

Schon die lex Aquilia legt für die obige Behauptung Zeugniss ab, vielleicht das frühste. Das alte Recht kannte meines Wissens keine einzige auf blossen Schadensersatz gerichtete Delictsklage, sondern jede derselben ging auf Strafe und zwar mindestens auf das

Doppelte. Es war also schon ein Fortschritt, wenn die *lex Aquilia* als Aequivalent für das *damnum injuria datum* lediglich den Sachwerth des letzten Jahres oder Monats festsetzte; unter Umständen ein Mehreres, gewährte sie damit regelmässig nur den einfachen Schadensersatz. Streng auf letzteren beschränkte sich der Prätor bei den meisten der von ihm selbständig eingeführten s. g. prätorischen Strafklagen, welche die Ungunst, mit der die neuere Zeit derartige Ansprüche betrachtete, auch darin empfanden, dass sie im Gegensatz zu den Strafklagen des ältern Civilrechts, welche *perpetuae* waren, in einem Jahre verjährten. Ich hebe aus ihrer Zahl nur die bedeutendsten hervor: die *actio de dolo* ¹¹⁹⁾ das *interdictum unde vi* und *quod vi aut clam*. Auch die *actio quod metus causa* ging von vornherein blos auf das Einfache und erhielt erst durch die *contumacia* des Beklagten eine Steigerung auf das Vierfache. An die Stelle des Verlustes der Freiheit beim *furtum manifestum* setzt der Prätor das Vierfache des Sachwerths, der Räuber kommt mit dem Dreifachen ab. Die Talion bei Körperverletzungen macht einer vom Richter zu taxirenden Geldbusse Platz. Statt des Doppelten, wie beim *Nexum*, zahlt der Beklagte beim Darlehn nur noch ein Drittel. Die alte Personalexecution wird wesentlich gemildert ¹²⁰⁾, ja sie kann unter Umständen sogar völlig abgewandt werden (*cessio bonorum*, *condemnatio in id quod facere potest*).

Die Beschränkung der Verpflichtung des Beklagten bei allen reipersecutorischen Klagen auf einfache Leistung des Interesses erscheint uns heutzutage als etwas so Selbstverständliches, innerlich Nothwendiges, dass ich schwerlich auf Zustimmung werde zählen können, wenn ich auch darin einen Beweis meiner Behauptung erblicke. Und doch hat auch dieser Satz erst erkämpft, der widerstrebenden älteren Rechtsauffassung abgerungen werden müssen. Man vergleiche einmal die oben (S. 18) aufgeführten Fälle der Haftung auf das Doppelte mit den entsprechenden auf das Einfache gerichteten Verhältnissen des neuern Rechts: die *act. auctoritatis* mit der *act. emti*, die *act. depensi*

¹¹⁹⁾ Was von ihnen, gilt auch von den speciellen Dolusklagen z. B. der *actio Pauliana* und der in Note 70a genannten.

¹²⁰⁾ von Bethmann Hollweg, Der römische Civilprocess II. §. 113.

mit der *act. mandati*, die *act. rationibus distrahendis* mit der *act. tutelae*, die Haftung des Besitzers bei der *reivindicatio* für die doppelten Früchte nach älterem mit der für die einfachen Früchte nach neuerem Recht, die des Depositars nach den 12 Tafeln (S. 32) mit der *act. depositi* des prätorischen Edicts, die Strafe für die Dedication der streitigen Sache mit der für ihre sonstige Alienation. Wer will dem gegenüber noch behaupten, dass die Haftung auf das blosse Interesse in den reipersecutorischen Verhältnissen etwas Natürliches, Nothwendiges sei? Natürlich und nothwendig ist auch das Grün im Frühling — aber im Winter erwartet man es vergebens, m. a. W. auch jener Gedanke war erst möglich, als seine Zeit gekommen war, in der rauhen Luft des ältern Rechts war er undenkbar, die Temperatur musste erst eine mildere geworden sein, um ihn zum Vorschein zu bringen.

Ungern widerstehe ich der Versuchung ausführlicher zu zeigen, wie die römische Jurisprudenz diesen Gedanken der Neuzeit durchgeführt hat. Ueberall ist es ihre Sorge, dass der Anspruch des Verletzten auf Leistung des Interesses sich rein auf letzteres beschränke und nicht in eine *poena* ausarte, d. h. ihm mehr zuwende, als er ohne die widerrechtliche Handlung des Gegners gehabt haben würde. An Versuchungen zum Gegentheil fehlte es nicht; ich will einige namhaft machen. Die *mora* überträgt den *casus* auf den Schuldner. Aber wie, wenn der *casus* auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten wäre, also den Gläubiger getroffen haben würde? Ein Richter der alten Zeit würde darauf sicherlich keine Rücksicht genommen haben, aber die neuern Juristen sprechen in diesem Fall den Schuldner frei (S. 58), denn hier würde der Schadensersatz in eine *poena* übergehen. Wenn der *malae fidei possessor* die Sache vor Erhebung der *reivindicatio dolos* veräußert hat, so wird die Klage dadurch gegen ihn nicht ausgeschlossen; sie nimmt hier die Function einer Pönalklage an. Aber wie, wenn der Kläger die Sache bereits anderwärts erhalten? Dann cessirt sie ¹²¹⁾. Leicht trifft es sich, dass der Verletzte wegen einer und derselben widerrechtlichen Handlung mehrere völlig

¹²¹⁾ l. 95 §. 9 de solut. (46. 3) . . quia nihil petitoris interest.

selbstständige Klagen auf Schadensersatz hat. Die eine hat er angestellt und das Gebührende erhalten, jetzt erhebt er die zweite. Vom Standpunkt des rein formalen Rechts aus würde dem nichts entgegenstehen, aber die Theorie der Juristen verwehrt es ihm (Untergang der Klagen durch Concurrenz.) Dasselbe gilt, wenn er die zweite Klage gegen eine andere in gleicher Weise complicirte Person anstellen will. Es ist der Fall möglich, dass der Kläger neben der reipersecutorischen Klage, welche er erhoben hat, aus demselben Verhältniss noch eine eigentliche, auf mehr als den blossen Schadensersatz sich erstreckende Pönalklage hat, so z. B. der Vindicant die act. legis Aquiliae, der Deponent die act. furti. Kann er sich darauf berufen, um eine höhere Condemnation zu erzielen? Nein ¹²²). Man wende nicht ein, dass dies der Natur jener Klagen widerstreben würde; hatte man doch keinen Anstand genommen, die auf blossen Schadensersatz gerichtete actio in factum ob alienationem iudicii mutandi causa factam in die reivindicatio aufzunehmen und letzterer dadurch die Function einer secundär-pönalen einzuräumen. Der Grund, warum man es rücksichtlich der auf eigentliche poena gerichteten Klagen nicht that, kann also nur darin gefunden werden, dass man letzteren abgeneigt war.

Das juramentum in litem gab den Schuldigen ganz in die Hände des Verletzten, es war seinem Zweck nach weniger ein Beweiss- als ein Strafmittel ¹²³). Den neueren Juristen widerstrebte diese Masslosigkeit desselben, sie scheuten sich nicht, obschon dies mit der hergebrachten Natur dieses Eides in entschiedenem Widerspruch stand, dem Richter die Befugniss der Moderation zuzugestehen ¹²⁴).

Seit der Zeit der klassischen Juristen wirft sich die Opposition gegen die Privatstrafen vorzugsweise auf die Processstrafen, worüber oben (S. 58) schon das Nöthige gesagt ist ¹²⁵), bis dann beim Wie-

¹²²) S. z. B. l. 13, l. 27 §. 2 de R. V. (6. 1).

¹²³) l. 73 de fidej. (46. 1) . . propter suam poenam. l. 60 §. 1 ad leg. Falc. (35. 2) . . poenae causa adcrevit. l. 8 de in lit. (12. 3) contumacia punienda.

¹²⁴) l. 4 §. 2, 3 l. 5 §. 1, 2 de in lit. (12. 3).

¹²⁵) Höchstens wäre noch die Aufhebung der retentio propter mores bei der Dos durch Justinian zu erwähnen, l. un. §. 5 Cod. de rei ux (5. 13).

dererwachen des römischen Rechts eine neue Phase des Kampfes gegen das privatrechtliche Strafprincip beginnt. Ueber das Resultat desselben habe ich mich schon oben (S. 60) ausgesprochen; von einigen wenigen Fällen abgesehen, haben die Privatstrafen der Römer, nicht bloss die Geld-, sondern auch die auf die *actiones famosae* gesetzten Ehrenstrafen thatsächlich bei uns ihre Geltung eingebüsst. Man mag dies billigen oder bedauern, jedenfalls soll man seine Augen nicht verschliessen gegen die Lehre, welche die Geschichte uns damit ertheilt hat. Das Strafprincip im Privatrecht ist der Gedanke einer niederen Culturstufe, welcher dem Fortschritt des Rechtsbewusstseins und der Rechtsentwicklung unabwendbar erliegt, um das Schadensersatzprincip an seine Stelle treten zu sehen. Ob letzteres im Stande ist, diese Stelle genügend auszufüllen d. h. dem Verkehr dieselbe Sicherheit zu bieten, die das Strafprincip für ihn unläugbar mit sich führt, ist eine Frage, die wesentlich von der richtigen processualischen Gestaltung des Verfahrens bei Schadensersatzansprüchen abhängt; dass unser heutiger gemeiner Process und unsere heutige Rechtssprechung in dieser Beziehung auch nur den billigsten Anforderungen genügen, wird Niemand, der ein Urtheil darüber hat, zu behaupten wagen ¹²⁶⁾.

Die römischen Privatstrafen gingen bekanntlich nicht auf die Erben über. Für die eigentlichen Privatstrafen, welche mehr den Zweck einer persönlichen Satisfaction und Vergeltung als den der sachlichen Ausgleichung des erlittenen Schadens hatten, war dies vollkommen motivirt. Aber unpassend und unbillig war es für die nach römischer Auffassung ebenfalls unter den Gesichtspunkt der Strafe fallenden Schadensersatzansprüche aus unerlaubten aussercontractlichen Handlungen; es hiess, das Recht des Verletzten auf den Zufall des Lebens und Sterbens seines Gegners stellen. Gleichwohl haben die Römer dauernd an diesem Satz festgehalten und nur für rechtswidrige Handlungen in bestehenden Obligationsverhältnissen das Gegentheil bestimmt — eine Verschiedenheit, für die man historische oder formal juristische, schwerlich aber legislativ-politische oder ethische

¹²⁶⁾ Ich beziehe mich dafür statt aller auf die Schrift von G. Lehmann, *Der Nothstand des Schadensprocesses*, Leipzig 1865.

Gründe anzugeben im Stande sein wird. Selbst bei manchen Contractsverhältnissen haben sie sich erst allmählig zum Vererblichkeitsprincip erhoben, nämlich bei allen denen, welche ursprünglich lediglich durch specielle Delictsklagen geschützt waren, wie dies an früherer Stelle (S. 30 folg.) rücksichtlich des Depositums, Mandats, der Fiducia und der Vormundschaft nachgewiesen worden ist. So blieb es denn dem kanonischen Recht vorbehalten, auch für aussercontractliche Rechtsverletzungen die Haftung des Erben auszusprechen und damit das Schadensersatzprincip nach einer Seite hin, nach der es sich in Rom von der ungehörigen Beimischung des Strafprincips noch nicht freigemacht hatte, zur Anerkennung und zur Geltung zu bringen; selten hat das Civilrecht Gelegenheit gehabt, eine Aenderung, die das kanonische Recht dem religiös-moralischen Gesichtspunct zu Liebe getroffen hat, so dankbar anzuerkennen wie diese.

Wir sind am Ziele angelangt. Den einzelnen Erscheinungen, an denen uns unser Weg vorübergeführt, ferner gerückt, benutzen wir den gewonnenen Standpunkt, um die Eindrücke, die wir stückweise ihnen zu entnehmen gedrungen waren, in einen Totaleindruck zusammenzufassen und uns zu fragen, was des Weges Gewinn sei. Als Antwort glaube ich darauf folgende ertheilen zu dürfen. Unser Gewinn ist zunächst die Ueberzeugung von dem Walten höherer allgemeinerer Gedankenmächte auf dem Gebiete des Rechts, die Anschauung der stillen, geräuschlosen Arbeit der Ideen, die unmerklich und vielleicht dem Werkzeug selber unbewusst, Atom zu Atom hinzufügend, sich über Jahrhunderte und Jahrtausende hinzieht, bis das Werk vollbracht ist und das Recht neugestaltet und verjüngt dasteht. Als zweite Frucht meiner Untersuchung aber glaube ich den Satz bezeichnen zu können, dass auf dem Gebiete des Rechts in demselben Masse, in dem die Menschheit auf ihrer Bahn voranschreitet, ihr Verständniss für das Schuldmoment zu- und ihre Reizbarkeit, ihre Lust an Strafen, abnimmt; wenn die Idee des Rechts wächst, sterben die Strafen ab, der Aufwand von Strafmitteln steht im umgekehrten Verhältniss zu der Vollkommenheit der Rechtsordnung und der Reife der Völker.

Ob diesem Satz nicht eine weit über die Gränzen des Privatrechts, für welches ich ihn allein zu bewahrheiten hatte, hinausreichende Wahrheit zukommt, ist eine Frage, die der gediegene, vielbelesene Kenner des Criminalrechts, dem ich diese Blätter gewidmet habe, besser zu beantworten im Stande ist, als ich.

Staats-
Bibliothek
Bamberg

Jhering, Rudolf <<von>>,

Das Schuldmoment im römischen Privatrecht eine Festschrift ; [seinem hochverehrten Collegen Herrn Johann Michael Franz Birnbaum ... zur Feier seines fünfzigjährigen Professoren-Jubiläums am XXIV. Juni MDCCCLXVII. im Namen der juristischen Fakultät der Universität Giessen überreicht vom

Giessen 1867

Bamberg, Staatsbibliothek -- J.c.o.179-a
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11703326-0